Zur Lehre von den Rechtsgeschäften, bei denen Bedingung und Zeitbestimmung unzulässig sind

(Römisches und gemeines Recht).

INAUGURAL-DISSERTATION,

welche

nebst den beigefügten Thesen

mit Genehmigung der Hohen Juristischen Fakultät

der

Königl. Universität zu Breslau

behufs

Erlangung der juristischen Doktorwürde

Sonnabend, den 5. März 1904 vormittags 11 1/4 Uhr

in der Aula Leopoldina

öffentlich verteidigen wird

Eberhard Friedrich Bruck,

Referendar zu Breslau.

Opponenten:

Referendar Victor Klossowski,

Referendar Alfred Thal

zu Breslau.

BRESLAU

VERLAG VON M. & H. MARCUS

1904.

Vorliegende Dissertation ist ein Teil meiner Abhandlung: „Bedingungsfeindliche Rechtsgeschäfte“, welche demnächst als Heft 13 der „Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Dr. Rudolf Leonhard, ord. Professor der Rechte an der Universität Breslau“, erscheinen wird. Ein Inhaltsverzeichnis der ganzen Arbeit ist der Dissertation beigefügt.

Meinem Vater

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548202_0013

Lebenslauf.

Ich, Eberhard Friedrich Bruck, geboren am 15. November 1877 zu Breslau, evangelisch, bin ein Sohn des Professors der Rechte Dr. Felix Friedrich Bruck und dessen verstorbener Ehefrau Anna Elisa geborene Prausnitz. Meine Vorbildung empfing ich auf der Wanckel'schen höheren Knabenschule und dem Gymnasium zu St. Elisabet zu Breslau, welches ich Ostern 1898 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Hierauf studierte ich Rechts- und Staatswissenschaften und zwar die beiden ersten Semester in Breslau, das dritte in München, das vierte in Berlin, die beiden letzten wieder in Breslau. Ich hörte die Vorlesungen bezw. Übungen folgender Herren Professoren und Dozenten:

Auhagen, Birkmeyer, Bonhoeffer, Brentano, Brie, Bruck, Brunner, Dahn, Dernburg, Eck †, Otto Fischer, Berthold Freudenthal, Frey, Gierke, Gretener, Ernst Heymann, Holdefleiß, Hübler, Ernst Jacobi, Jörs, Georg Kaufmann, Kohler, Leonhard, Lesser, von Liszt, Naendrup, Richard Schott, von Sicherer †, Sombart, von Stengel, Wolf.

Am 11. Juli 1901 bestand ich das Referendarexamen, am 24. Juli desselben Jahres das Examen rigorosum. Vom 20. August 1901 ab war ich dem Amtsgericht zu Schmiedeberg im Riesengebirge überwiesen. Dort wurde ich durch Herrn Amtsrichter

Jordan, dem ich viel verdanke, in den Dienst eingeführt. Hierauf wurde ich beim Landgericht und bei der Staatsanwaltschaft zu Breslau beschäftigt. Zur Zeit absolviere ich die Anwaltsstation bei Herrn Justizrat Dr. Isenbiel zu Breslau.

Ich spreche an dieser Stelle meinen hochverehrten Lehrern meinen herzlichsten Dank aus, vornehmlich Herrn Geheimrat Leonhard, der mich bei Anfertigung dieser Arbeit mit mannigfachen Anregungen und Ratschlägen unterstützt hat.

Inhaltsübersicht.

Seite

Vorwort . . . . . .
§ 1. Einleitung . . . . . .
nur in der Abhandlung abgedruckt.

A.

Historischer Teil.

1. Abschnitt.

Das römische und gemeine Recht.

§ 2. A. Die allmähliche Zulassung von Bedingung und Zeitbestimmung 1
§ 3. B. Die Bezeichnung: „actus legitimi" und die daraus gezogenen Folgerungen 4
C. Die einzelnen Rechtsgeschäfte, bei denen Bedingung und Zeitbestimmung unzulässig sind 7
§ 4. Zur Systematik 7

I. Unzulässigkeit aus **formalen** Gründen . . . 8

§ 5. 1. mancipatio 8
§ 6. 2. in iure cessio 14
§ 7. 3. acceptilatio, expensilatio 15
§ 8. 4. tutoris auctoritas 16

II. Unzulässigkeit aus **materiellen** Gründen . . 19

§ 9. a) aus sittlichen Gründen:
emancipatio, adoptio, legitimatio und Eheschließung, insbesondere die bedingte Eheschließung des kanonischen Rechts 19
b) aus wirtschaftlichen Gründen:
α) Die **ewigen Rechte** 23
§ 10. αα) Allgemeiner Charakter 23
ββ) Die ewigen Rechte im einzelnen:
1. Das Eigentum 23
§ 11. a) Die Eigentumsübertragung 23
§ 12. b) Das Vermächtnis . 31
§ 13. 2. Die Prädialservitut 34
§ 14. 3. Die Verbalobligation 40

β) **Erbrechtliche Geschäfte** 42
§ 15. 1. hereditatis aditio 42
§ 16. 2. servi optio 44
§ 17. 3. institutio heredis 45
§ 18. 4. Einsetzung und Enterbung des Noterben 49
c) **aus sonstigen Gründen** 50
§ 19. 1. datio cognitoris 56
§ 10. 2. datio tutoris 56
§ 21. D. Die Ausdehnung des Bedingungsverbots auf **uneigentliche** Bedingungen 56

In der Abhandlung folgt sodann:

2. Abschnitt.

Das Preussische Recht.

§ 22. A. Die Rechtsgeschäfte, bei denen Bedingung und Zeitbestimmung unzulässig sind . . . . . .
§ 23. B. Die Ausdehnung des Bedingungsverbots auf uneigentliche Bedingungen . . . . . .

B.

Geltendes Recht.

§ 24. A. Die Rechtsgeschäfte, bei denen Bedingung und Zeitbestimmung **nach gesetzlicher Vorschrift** unzulässig sind Insbesondere:
§ 25. Die Auflassung . . . . . .
§ 26. Die Aufrechnung . . . . . .
§ 27. B. Der **allgemeine Grundsatz** für das Bedingungsverbot bei den Rechtsgeschäften . . . . . .
C. **Analoge Anwendung des Grundsatzes** (auf nicht gesetzlich geregelte Fälle) . . . . . .
§ 28. I. Die Zulässigkeit der Analogie bei Sondervorschriften
§ 29. II. Die bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäfte, bei denen Bedingung und Zeitbestimmung nicht bereits gesetzlich verboten sind . . . . . .
§ 30. III. Die Ausdehnung des Bedingungsverbots auf uneigentliche Bedingungen . . . . . .

A.

Historischer Teil.

1. Abschnitt.

Das römische und gemeine Recht.

A. Die allmähliche Zulassung von Bedingung und Zeitbestimmung.

§ 2.

I. Nur langsam hat sich die Zulässigkeit von Bedingung und Befristung im römischen Rechtsleben durchgerungen. Die Wirkungen des Rechtsgeschäfts erst künftig oder gar von einem unsicheren Zeitpunkte ab eintreten zu lassen, stand in schroffem Gegensatze zur Denkweise des altrömischen Rechts, zu den Anschauungen, die Jhering[1]) unter dem Prinzip der „Konzentration des Rechtsgeschäfts“ zusammenfaßt. Jhering weist auf die Ähnlichkeit mit dem Prozesse hin. Wie dort in dem einen Augenblicke der Litiskontestation der ganze Prozeßstoff konzentriert sein mußte, so daß es für den Richter kein Vorwärts- und kein Rückwärtsschauen gab, so mußte bei den altcivilen Rechtsgeschäften in einen Augenblick alles zusammengefaßt werden, was für das Rechtsgeschäft in Betracht kommt: der Akt der Errichtung, sein Tatbestand und seine Wirkungen.

Gleichzeitig mußten die Miteigentümer die Prädialservitut erwerben und aufgeben, gemeinsam die Legatare ein Wahlrecht ausüben — im Gegensatze zum späteren Recht, welches getrenntes Handeln gestattet[2]). In derselben Weise müssen die vier Voraus-

[1]) Geist des römischen Rechts 4. Afl. III, 1 S. 151 ff., vgl. a. Brinz-Lotmar, Pand. 2. Afl. Bd. 4 § 536.

[2]) l. 11 D. 8, 3; subtili ratione non aliter meum fiet ius quam si omnes cedant, l. 8 § 2 D. 33,5. Vgl. a. l. 9 § 8 D. 26, 8 sowie die Ausführungen unten § 8.

setzungen des Rechtsgeschäfts: Die Handlungsfähigkeit, die juristische und die tatsächliche Möglichkeit des Inhalts und die Erklärung des Inhalts im Augenblicke der Vornahme vollständig sein, endlich — und das kommt für uns in Betracht — auch seine Wirkungen.

Daß diese Starrheit der Rechtsgeschäfte drückend empfunden wurde, ist nicht anzunehmen. Es lag durchaus im Charakter dieses alten Bauernrechts mit seiner Vorliebe für einfache und klare Verhältnisse der Sicherheit des Rechts die Bequemlichkeit zum Opfer zu bringen[1]).

So konsequent der Grundsatz der Konzentration auch hinsichtlich der Wirkungen des Rechtsgeschäfts durchgeführt werden mochte, so konnte selbst das altcivile Recht mit der Zeit doch nicht Rechtsformen entbehren, welche ermöglichten unter Berücksichtigung der Zukunft und zwar nicht nur der gewissen, sondern auch der ungewissen, Rechtswirkungen zu begründen.

Der Kreis der Geschäfte, die Bedingung und Befristung gestatteten, war ursprünglich ein eng begrenzter. Man beschränkte sie zunächst jedenfalls auf das Testament[2]), wohl das ursprüngliche Anwendungsgebiet der Bedingung.

II. In welcher Weise sich Bedingung und Befristung bei den einzelnen Geschäften des Obligationenrechts durchsetzten, ist nicht mit Sicherheit zu erweisen. Daß Gajus (III, 146)

> iam enim non dubitatur, quin sub condicione res veniri aut locari possint

noch des Zweifels Erwähnung tut, ob bei Kauf und Miete eine Bedingung zulässig sei[3]), ist kaum anzunehmen. Gajus entscheidet hier folgenden Fall:

> Item si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut singulos, qui integri exierint, pro sudore denarii viginti mihi darentur, in eos vero singulos, qui occisi vel debilitati fuerint, denarii mile, quaeritur, utrum emtio et venditio an locatio contrahitur: et magis placuit, eorum qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri, at eorum, qui occisi vel debilitati

[1]) Jhering a. a. O. S. 166, Scheurl, zur Lehre von den Nebenbestimmungen, S. 304.

[2]) vgl. a. Jhering, Passive Wirkungen der Rechte, Jhb. f. Dogm. 10 S. 497.

[3]) So u. a. Dernburg, Pand. I § 105 a. E.

sunt emtionem et venditionem esse. Idque ex accidentibus apparere, tanquam sub condicione facta cuiusque venditione an locatione.

Daran schließt sich der oben angegebene Satz. Aus dem Zusammenhange geht deutlich hervor, daß Gajus nicht daran zweifelt, ob überhaupt unter einer Bedingung Kauf oder Miete abgeschlossen werden könne, sondern — der Ton liegt auf dem aut — ob ein Geschäft unter gewissen Bedingungen Kauf, unter andern Miete sein könne[1]).

Eine deutliche Spur des Zweifels ob die Societas bedingt abgeschlossen werden konnte, enthält noch l. 6 C. 4, 37, wo Justinian sagt:

De societate apud veteres dubitatum est, si sub condicione contrahi potest,

ja er hält es sogar noch für nötig hinzuzufügen:

Sed ne simili modo apud posteritatem, sicut apud antiquitatem huiusmodi causa ventiletur, sancimus societatem contrahi posse non solum pure, sed etiam condicione.

Der Grund für das zögernde Verhalten gerade diesem Kontrakte gegenüber liegt in der der Sozietät eigentümlichen Natur, die einen Abschluß erst nach völliger Klärung aller Verhältnisse ratsam erscheinen läßt. Die Sozietät hat eine gewisse, wenn auch entfernte Ähnlichkeit mit der Ehe[2]).

Allmählich wurde die Zulassung von Bedingung und Befristung Regel[3]). Aber es blieb noch eine ganze Reihe von Geschäften, die sich Bedingungen und Befristungen gegenüber ablehnend verhielten.

---

[1]) Scheurl a. a. O. S. 307, ähnlich Schulin, über Resolutivbedingungen, S. 15.

[2]) Scheurl a. a. O. S. 308.

[3]) Sehr bestritten ist im einzelnen die Zulassung der Resolutivbedingung insbes. der mit dinglicher Wirkung ausgestatteten. Vgl. hierüber Windscheid § 90 Anm. 4 und die dort Citierten, ferner Dernburg § 114 Anm. 16, Fitting, Ztschr. für Handelsrecht II S. 261, Regelsberger, Pand. § 152, Leonhard in Paulys Realencyklopädie, Art. condicio, Czyhlarz a. a. O. S. 37, Schulin a. a. O. S. 80 ff, 194 ff sowie insbes. auch Arthur Kohler im Arch. f. Bürg. R. XV, S. 1 ff. Soweit diese Frage nicht über den Rahmen dieser Abhandlung hinausgeht, wird sie unten bei den einzelnen Rechtsgeschäften, insbes. bei der Eigentumsübertragung, behandelt werden.

B. Die Bezeichnung „actus legitimi“ und die daraus gezogenen Folgerungen.

§ 3.

I. Sedes materiae der Lehre von den Rechtsgeschäften, welche Bedingung und Befristung nicht vertragen, ist der erste Satz der l. 77 D. de reg. iur. (50, 17):

Papinianus l. 28 quaestionum: Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel condicionis adiectionem.

Was zunächst den Text anlangt, so ist vor allem die Lesart der Florentina: qui recipiunt diem vel condicionem, die noch von Cujacius[1]) verteidigt wurde, abzuweisen. Abgesehen vom Sinn wird die entgegengesetzte Lesart bestätigt durch Bas. 2, 3, 77[2]): Αἱ νόμιμαι πράξεις, αἳ μὴ ἐπιδεχόμεναι ἡμέραν ἢ αἵρεσιν.

Ferner ist zu lesen: emancipatio statt mancipatio, da letztere — zu Justinians Zeit antiquiert — in den Pandekten sonst nicht mehr erwähnt wird[3]).

II. Von Alters her sind die Versuche, die Bedingungsverbote im römischen Recht zu erklären, von dieser Stelle ausgegangen. Quae est varia, sagt bereits Cujaz (a. a. O.), et multiplex et multo respersa pulvere ab interpretibus.

Die Erklärungsversuche setzten bei der Bezeichnung „actus legitimi“ ein. In ihr glaubte man den Grund für das Bedingungsverbot zu erblicken. Daß auch noch anderweitig Rechtsgeschäfte erwähnt werden, die Bedingung und Befristung nicht vertragen, stand dem nicht im Wege (so z. B. in Vat. fragm. § 329 und l. 8 D. 26,8). Man rechnete die dort erwähnten Geschäfte gleichfalls zu den actus legitimi.

Cujacius' Meinung (a. a. O.) geht dahin die actus legitimi mit den Legisaktionen zu identifizieren: Omne scilicet genus actus legitimi sunt legis actiones, quae in iure peraguntur, et certe

[1]) Quaest. Papin. tom. IV, lib. 28 (ed. Neap. 1758, S. 742, 743).

[2]) ed. Heimbach, Lips. 1833.

[3]) vgl. Glück Tl. 30 S. 428 Anm. 34, Enneccerus, z. Lehre v. d. Suspensivbedingung S. 6, Scheurl a. a. O. S. 302, Karlowa, Römische Rechtsgeschichte II, S. 379.

idem sunt legis actiones et actus legitimi. Von dieser Ansicht bemerkt Ennecerus[1]) treffend, daß sie „nach Auffindung des Gajus keiner Widerlegung mehr bedarf."

Mehrere Anhänger hat die Meinung des Jacobus Gothofredus[2]) gefunden, der die Bedingungsfeindlichkeit auf die Formalnatur der actus legitimi zurückführt. Sie sind: solemnia quaecunque negotia quae publice, privatim, solemni modo rituque, seu solemnitate inducta celebrantur.

Ihm schließt sich Glück[3]) an, der die actus legitimi für Rechtshandlungen hält, „die sich von andern dadurch unterscheiden, daß sie ihrer Form wegen gewisse Einschränkungen mit sich führten". Er hält diesen Ausdruck mit dem negotium civile Ulpians (fr. XI, § 27[4])), für gleichbedeutend.

Auch Jhering[5]) steht auf einem ähnlichen Standpunkte. Zwar hält er das Wort actus legitimi nicht für einen technischen Ausdruck, aber auch er leitet das Bedingungsverbot bei sämtlichen Rechtsgeschäften aus einem gemeinschaftlichen Gesichtspunkte ab, aus dem von ihm aufgestellten Gesetze des Formalismus. Die solennen formellen Rechtsgeschäfte duldeten keinen Zusatz. Gegen ihn wendet sich insbes. Ennecerus (a. a. O. S. 12). Er weist darauf hin, daß nicht alle der genannten Geschäfte Formalgeschäfte sind, so: hereditatis aditio, servi optio und datio tutoris. Auch ist mit dem Begriffe des Formalgeschäfts die Bedingung an und für sich nicht unverträglich wie die Erbeinsetzung, die Ernennung des Tutors durch Testament, das Legat und die Stipulation beweisen. Bereits die XII Tafeln lassen bei der testamentarischen Manumission Bedingungen zu (Ulp. fr. II,4). Jhering (a. a. O. S. 587, 588) teilt selbst die Formeln in unabänderliche und „elastische" ein, die zwar in ihren wesentlichen Punkten fest sind, aber doch gewisse Abänderungen vertragen. Endlich sind sogar diejenigen Geschäfte, bei denen der Ausschluß von Bedingung und Befristung feststeht, doch noch andern Zusätzen zugänglich.

---

[1]) a. a. O. S. 10.

[2]) comm. ad. tit. de Reg. Jur. ad leg. 77.

[3]) Tl. 30 Abs. 1 S. 430.

[4]) tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus .... si civile negotium gerunt.

[5]) Geist d. römischen Rechts § 47a S. 592.

Dies weist Enneccerus eingehend nach: für die acceptilatio (insbes. auf Grund der l. 15 D. 46, 4), für die mancipatio und die in in iure cessio durch Hinweis auf die Möglichkeit mit ihr eine deductio ususfructus zu verbinden (Vat. fr. § 50), für die datio cognitoris durch Vat. fr. § 318. Er kommt zu dem Resultat (a. a. O. S. 21), daß sich die Unstatthaftigkeit von Bedingung und Befristung „nicht aus einer den sog. actus legitimi gemeinschaftlichen äußeren Eigenschaft herleiten läßt[1]).

Nach Enneccerus' Ansicht bedeuten die Worte actus legitimi nichts anderes als: Rechtshandlungen, Rechtsgeschäfte. Das Wort legitimus wird in derselben Weise im Sinne von „rechtlich" gebraucht wie unser deutsches „gesetzlich" oder auch das französische „loyal". Enneccerus beruft sich zum Beweise auf eine Anzahl ähnlicher Wendungen wie: legitime possidere = rechtmäßig besitzen (fr. Vat. § 279), legitima proprietatum iura = die rechtlich begründeten Befugnisse des Eigentums (loc. cit. § 249), auch novatio legitima (l. 18 D. 46,2) u. a.

Enneccerus' Meinung ist nicht unangefochten geblieben. Ich vermag aber nicht einzusehen, wie dadurch daß in l. 21 Cod. 1, 5, der einzigen Stelle, wo sich m. W. der Ausdruck actus legitimi nochmals findet und wo derselbe die Bedeutung von „vor Gericht vorzunehmende Handlungen" besitzt, die übrigen Ausführungen von Enneccerus entkräftet werden sollen, wie Hölder behauptet[2]). Hölder meint, das „ausdrucksvolle Prädikat legitimus" wäre bedeutungslos, wenn es nicht solche Akte bezeichnen würde, „welche gewissen besonderen rechtlichen Anforderungen zu genügen haben." Er will demnach übersetzen: „Solche Akte, welche vermöge ihrer besonderen rechtlichen Qualifikation die Beifügung eines dies oder einer Bedingung nicht vertragen." Diese rechtliche Besonderheit erblickt er eben in der Unzulässigkeit von dies und condicio. Nach Enneccerus hat Papinian also schlechtweg: „Rechtsgeschäfte" geschrieben, nach Hölder wollte er damit etwas besonderes sagen. Der Streit läßt

[1]) Hiermit stimmt im wesentlichen Ad. Schmidt (zur Lehre von der Wirkung der Rechtsgeschäfte, 1888, S. 17 Anm. 19). überein. Er ist der Meinung, daß die l. 77 de reg. iur. nicht von allen actus legitimi überhaupt, sondern nur von denjenigen spricht, qui non recipiunt diem vel condicionem.

[2]) Kritische Vierteljahrsschrift Bd. XVI S. 236.

sich wohl nicht entscheiden. Das Resultat bleibt aber m. E. bei beiden Auffassungen das gleiche: ein gemeinsamer Grund für das Bedingungsverbot ist aus der Bezeichnung „actus legitimi“ nicht zu entnehmen, die betreffenden Geschäfte müssen vielmehr einzeln geprüft werden [1]).

C. Die einzelnen Rechtsgeschäfte, bei denen Bedingung und Zeitbestimmung unzulässig sind.

§ 4.

Zur Systematik.

Die bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäfte werden regelmäßig in absolut bedingungs- und befristungsfeindliche, solche die überhaupt keine Bedingungen und Zeitbestimmungen vertragen, und in relativ bedingungs- und befristungsfeindliche, solche die nur bestimmte Bedingungen und Zeitbestimmungen nicht vertragen, eingeteilt. Abgesehen davon, daß nur sehr wenige der von der herrschenden Meinung als absolut bedingungsfeindlich bezeichneten Geschäfte — wie unten nachgewiesen werden soll — dieses Prädikat in Wirklichkeit verdienen, ist diese Einteilung deshalb unzweckmäßig, weil eine innere Zusammengehörigkeit zwischen den auf diese Weise zusammengestellten Geschäften in den wenigsten Fällen besteht.

Ich will im folgenden den Versuch machen die einzelnen Bedingungsverbote auf ihre innern Gründe zurückzuführen und

[1]) An dieser Stelle sei noch auf den in der Literatur wenig beachteten Erklärungsversuch von Elvers (die römische Servitutenlehre, 1856, S. 179 ff) hingewiesen, da dieser Schriftsteller das Bedingungsverbot bei den actus legitimi aus einem gemeinsamen Grunde — freilich einem inneren — erklären will. Nach Elvers ist es ein gemeinsames Merkmal der actus legitimi, daß sie „alle künstlich ein Resultat erzeugen wollen, welches regelmäßig ohne willkürliche Akte rein aus der Natur der Verhältnisse hervorgeht“ und deshalb nicht bedingt oder befristet werden könne. So ersetze „die Emancipation die regelmäßige Beendigung der väterlichen Gewalt durch den Tod des Vaters, der nur unbedingt und unbetagt sei, die Acceptilation die Zahlung, von der das gleiche gelte, der Erbschaftsantritt die ipso iure geschehende Delation an den suus, die optio servi die durch den Testator selbst geschehende Verteilung, die datio tutoris die tutela legitima.“ Elvers' künstliche Erklärung ist in ihrer Allgemeinheit unrömisch und willkürlich. Übrigens ist sie auch im einzelnen nicht haltbar (vergl. in dieser Beziehung Enneccerus a. a. O. S. 26, 27 Anm. 43—47).

demgemäß die gleichen Gründen entspringenden Verbote zusammenfassen. Dabei sollen zunächst die Verbote aus formellen (juristisch-technischen), dann die aus materiellen Gründen zur Darstellung gelangen. Die letzteren sollen wieder in Verbote aus sittlichen und aus wirtschaftlichen Gründen geschieden werden.

Soweit dies erforderlich erscheint, sollen auch gewisse dem Bedingungs- oder Befristungsverbot unterliegende Rechtsverhältnisse getrennt von den bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäften behandelt werden.

I. Unzulässigkeit aus **formalen** Gründen.

§ 5.

1. Mancipatio.

I. Die Mancipation, der feierliche Kauf des altrömischen Rechts vor dem Libripens und den fünf Zeugen, diente zur Begründung und Übertragung von Herrschaftsrechten. Als ursprünglich materielles Rechtsgeschäft — die causa emptionis wurde durch die Worte emptus esto im Formular ausdrücklich hervorgehoben — fand die Mancipation dreifache Verwendung. Sie wurde zur Eigentumsübertragung, zur Bestellung von Prädialservituten und zum Verkauf des Hauskindes in das Mancipium verwandt. Als Scheingeschäft fungirte sie ferner zum Zwecke der Testamentserrichtung[1]).

II. Von Alters her galt das Dogma, daß die Mancipatio weder Bedingung noch Befristung vertrüge, obwohl man sich hierfür nur auf den bereits mehrfach erwähnten summarischen Ausspruch Papinians in der l. 77 D. 50, 17[2]) berufen konnte. Dabei ist mit dem Ausdruck condicio hier offenbar nur die Suspensivbedingung gemeint, wie die Römer überhaupt mit condicio schlechthin die Suspensivbedingung zu bezeichnen pflegen. Hierüber herrscht Einstimmigkeit[3]). Indessen glaubte man aus logischen und historischen Gründen ein absolutes Bedingungsverbot konstruieren zu können.

---

[1]) s. Jörs, Das Römische Recht § 16 in Birkmeyers Encyklopädie.

[2]) Vat. fr. § 329 verbietet nur die Suspensivbedingung.

[3]) Scheurl a. a. O. S. 310, Enneccerus a. a. O. S. 69 Anm. 14, Czyhlarz a. a. O. S. 68. S. a. Pernice, Labeo III, S. 26.

Dies tut Fitting[1]), der das Verbot aus dem Streben nach „höchstmöglicher Rechtssicherheit, Festigkeit und äußerer Erkennbarkeit" erklärt. Dieser Grund trifft für die älteste Zeit zu, die Bedingungen und Befristungen überhaupt abgeneigt war (vergl. ob. § 2). Die späteren Juristen haben dieses Bedenken jedoch mehr und mehr überwunden; ließen sie doch bei noch wichtigeren Bestimmungen Bedingungen zu, beispielsweise bei der Erbeinsetzung. Der Grund, warum sich dieses Bedingungsverbot — und zwar bezüglich der Suspensivbedingung und des Anfangstermins — noch in das klassische Recht hinübergerettet hat, liegt vielmehr in der der mancipatio eigentümlichen Form[2]).

Die Mancipation hat, auch nachdem sie schon längst zum Scheingeschäft herabgesunken war, ihren ursprünglichen Charakter als Barkauf formell gewahrt, der Zug um Zug Leistung der Ware und des Preises erfordert.

Dieser im Augenblick der Vornahme des Geschäfts vor sich gehende Rechtsübergang fand seinen Ausdruck in der Formel:

hunc ego hominem meum esse aio isque mihi emptus esto . . . (Gajus, I § 119).

Mit der hier als gegenwärtig konstatierten Wirkung ist ein Zusatz, der dieselbe noch aufschieben soll (si navis ex Asia venerit) unvereinbar.

Andere nicht die Form der Bedingung oder Befristung an sich tragende Zusätze, so der Vorbehalt des Ususfruktus im Wege der Deductio (die nach Pomponius Ansicht sogar selbst wieder bedingt sein konnte), sind — weil nicht im Widerspruch mit der Mancipationsform — zulässig[3]).

In neuerer Zeit hat Mitteis[4]) behauptet, die Mancipation habe auch Suspensivbedingungen vertragen und zwar habe es, wie er glaubt, eine suspensiv bedingte Selbstverpfändung durch Manci-

[1]) Arch. f. d. civilist. Prxs. Bd. 39, S. 344.

[2]) Enneccerus a. a. O., S. 28, Scheurl a. a. O., S. 308, Bechmann, Kauf I, S. 237. Freilich darf man nicht vergessen, daß der tiefere Grund für eine derartige Form die Rücksicht auf die Verkehrssicherheit bleibt. Sonst hätte man doch die unbequeme Form über Bord geworfen. Vergl. Hölder a. a. O., S. 263.

[3]) Vat. fragm. § 50.

[4]) Zeitschrift der Savigny Stiftg. (Rom. Abtlg.) Bd. 22 (1901) S. 122.

patio gegeben, in der Weise, daß der Schuldner sich schon bei der Aufnahme des Darlehns verknechtete, die Mancipation aber erst nach Ablauf einer — gesetzlichen — Zahlungsfrist wirksam wurde. Es sei höchstwahrscheinlich, meint er, daß den alten Römern wie allen Völkern das Institut der Selbstverpfändung bekannt gewesen wäre. Hiervon hätten sie sich schwerlich durch scholastisch-juristische Gesichtspunkte abhalten lassen. Als Quellenbeweis zieht Mitteis die Worte heran, mit denen Menenius Agrippa bei Dionys (6, 83, 4) das Volk beruhigt[1]):

καὶ εἴ τινων ἤδη τὰ σώματα ὑπερημέρων ὄντων ταῖς νομίμοις προθεσμίαις κατέχεται, καὶ ταῦτ' ἐλεύθερα εἶναι κρίνομεν . . .

Mitteis versteht — m. E. mit Recht — unter den Schuldnern, um deren Verhaftung und Befreiung es sich hier handelt, Schuldner die „überfällig die gesetzliche Zahlungsfrist versäumt haben" (ὑπερημέροι ὄντες ταῖς νομίμοις προθεσμίαις). Es gab, meint Mitteis, möglicherweise geschriebene Gesetze, die eine Frist bestimmten, binnen deren die Schuld getilgt sein mußte, wenn nicht die mancipatio wirksam werden sollte.

Mir erscheinen diese Ausführungen nicht einwandsfrei. Das wirtschaftliche Bedürfnis der Selbstverpfändung befriedigte im alten Rom das nexum. Nun besagt das Citat aus Dionys nur, daß Schuldner in Schuldknechtschaft geraten sind, ohne sich über die Art und Weise, wie dies geschehen ist, zu äußern. Es handelt sich wahrscheinlich um eine Schuldknechtschaft per manus iniectionem[2]). Mit der gesetzlichen Frist die abgelaufen ist, ohne daß Bezahlung erfolgt ist, wären dann die dreißig Tage gemeint, die dem iudicatus oder damnatus als Nachfrist bewilligt wurden, bevor die manus iniectio vor dem Magistrat erfolgte. Es braucht daher gar nicht erst nach noch unbekannten Gesetzen gesucht zu werden, die eine Frist für den Fall einer suspensiv bedingten Mancipation bestimmten[3]). Von einer Unterwerfung durch eine

[1]) Über die „kümmerlichen" Rechtskenntnisse des Dionys vergl. übrigens Schloßmann, Altrömisches Schuldrecht und Schuldverfahren (Leipzig, 1904) S. 25 u. 56 Anm. 2.

[2]) Gajus IV. 21 ff.

[3]) Möglicherweise hat Dionys aber auch griechische Rechtsverhältnisse im Auge. Vergl. Schloßmann a. a. O., S. 56, Anm. 2.

suspensiv bedingte Mancipation ist bei Dionys überhaupt nicht die Rede[1]).

Wenn Mitteis davor warnt, aus unseren Vorstellungen vom späteren Recht Schlüsse auf das frühere Recht zu ziehen, so trifft diese an sich sehr berechtigte Mahnung im vorliegenden Falle m. E. nicht zu. Allerdings beruht unsere Kenntnis vom Bedingungsverbot bei der Mancipation in erster Linie auf dem Ausspruch Papinians, dem zitierten fr. 77, wie es in Justinians Kompilation enthalten ist[2]). Indessen ist zu erwägen, daß dieses Bedingungsverbot wie die Bedingungsverbote überhaupt nur als Überbleibsel in die späteren Epochen hineinragt. Die Rechtsentwickelung hat, wie im folgenden verschiedentlich gezeigt werden wird, die Tendenz sich je länger je mehr der Bedingungsverbote zu entledigen. Daß aber eine spätere Zeit für ein so archaisches Institut wie die mancipatio ein Bedingungsverbot erst erfunden haben soll, ist kaum zu glauben. Solange daher nicht noch andere Beweise beigebracht werden, möchte ich angesichts des schneidenden logischen Widerspruchs einer suspensiv bedingten Mancipation an ihrer Unzulässigkeit festhalten.

[1]) Eine Selbstverpfändung unter Verwendung der Mancipatio wäre übrigens wie jede Verpfändung in der Weise denkbar — und sie ließe sich auch unserer Stelle supponieren —, daß der Schuldner sich durch Mancipation dem Gläubiger übereignete, während dieser sich durch ein pactum fiduciae verpflichtete, den Schuldner nach Tilgung der Schuld freizugeben. Vergl. die Ausführungen bei Schloßmann a. a. O. insbes. §§ 3 und 4. Diese fiduciarische Selbstmancipation wäre aber keine bedingte Mancipation. Die rechtliche Wirkung der Eigentumsübertragung würde nicht aufgeschoben, sondern träte sofort ein. Freilich würde gerade dieser Umstand gegen die fiduciarische Selbstmancipation sprechen. Denn der Gläubiger bekäme den Schuldner sofort in seine Gewalt. Indessen steht Schloßmann's Annahme wohl nichts im Wege, daß der Gläubiger gewohnheitsmäßig von seinem durch die Selbstmancipation erworbenen Rechte erst beim Verzug des Schuldners Gebrauch machte. Lag es doch im eigenen Interesse des Gläubigers, daß der Schuldner frei blieb, um „seine Verhältnisse zu rangieren," um Mittel zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit aufzubringen (Schloßmann a. a. O., S. 56, 57). Beharrt man aber dabei, daß ein Bedürfnis nach bedingter Selbstverpfändung bestanden hat, so darf zur Befriedigung dieser gemutmaßten Notlage doch nicht ohne weiteres eine suspensiv bedingte Mancipation konstruiert werden. Der mehrdeutige Ausspruch des wenig kritischen Geschichtsschreibers gewährt keine ausreichende Stütze für eine so bedenkliche Rechtsbildung.

[2]) Auch § 329 Vat. fragm. spricht gegen Mitteis.

II. Sind nun aber auch Resolutivbedingung und Endtermin bei der mancipatio unzulässig? Die Quellen geben uns keine Antwort auf diese Frage, die die herrschende Meinung schlechthin bejaht. Bei der Prüfung des Verhältnisses der genannten Nebenbestimmungen zur mancipatio fällt uns zuerst auf, daß der formale Grund, der Suspensivbedingung und Anfangstermin ausschloß, hier nicht zutrifft. Ein Zusatz zur Formel wäre etwa in folgender Weise denkbar:

hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra, nisi navis ex Asia venerit, quo homo inemptus sit.

Er wäre mit der Konstatierung des gegenwärtigen Rechtsübergangs wohl vereinbar[1]).

Prüfen wir nun die von den verschiedenen Autoren gegen die Zulässigkeit der Resolutivbedingung ins Feld geführten Gründe!

Bechmann[2]) erklärt sie deshalb für unstatthaft, weil bei der Mancipation der Wille nicht als formell selbständiger Faktor aufträte. Das Geschäft sei nicht Kaufkontrakt und Vollzug desselben, sondern Manifestation und Verwirklichung des Willens fielen zusammen. Sonach sei „kein Punkt vorhanden, an den sich die Resolutivbedingung anschließen könne." Dies trifft m. E. nicht zu. Die Nuncupatio und die reale Kaufhandlung (Gajus I, § 119) waren gleichwertige Bestandteile der Mancipatio. Die Hinzufügung der Resolutivbedingung in der Nuncupatio hat jedenfalls genügt, ohne daß sie noch obendrein bei der Kaufzeremonie zum realen Ausdruck gebracht zu werden brauchte. Die formelle Vereinbarkeit der Resolutivbedingung mit der Formel gibt ja auch Bechmann zu.

Czyhlarz[3]) geht von seiner bekannten Konstruktion der Resolutivbedingung aus, daß sie ein mit dem Hauptgeschäft verbundener bedingter contrarius consensus, also ein formloser Auflösungsvertrag sei[4]). Sie könne bei den Formalgeschäften nur eine indirekte Wirkung haben, da die vollständige Aufhebung

[1]) Die lex commissoria ist naturgemäß von vornherein wegen ihres Inhalts mit dem Barkauf unverträglich (Bechmann, Kauf, I S. 238).

[2]) Kauf, I S. 228.

[3]) zur Lehre von der Resolutivbedingung S. 69.

[4]) Denselben Gedanken hat bereits Römer, die bedingte Novation (1863) S. 336 Anm. 3, ausgesprochen.

der durch Formalakte begründeten Rechtsverhältnisse nach dem Gesetze vom contrarius consensus einen besonderen Formalakt, hier also die remancipatio, voraussetze. Der die Resolutivbedingung ausdrückende Zusatz sei also wirkungslos. Der Erwerber erwürbe das mancipierte Recht unbedingt.

Es ist indessen nicht angängig die Resolutivbedingung mit einem pactum auf gleiche Stufe zu stellen und auf Grund dieser in den Quellen nirgends zum Ausdrucke gelangenden Konstruktion [1]) weitere Schlüsse zu ziehen [2]).

Die Resolutivbedingung ist nach römischer Auffassung allerdings ein dem negotium purum hinzugefügter Nebenvertrag, eine conventio, durch die die Wirkungen der Hauptwillenserklärung unter einer Suspensivbedingung wieder aufgehoben werden sollen [3]). Sie wird indessen, wie bereits Bechmann entgegengehalten worden ist, Bestandteil der Willenserklärung, der sie hinzugefügt ist — hier der Nuncupatio — und erzeugt das begründete Recht von vornherein beschränkt für den Fall des Eintritts des als Bedingung gesetzten Ereignisses. Eines besonderen Aufhebungsgeschäfts bedarf es nicht. Daß die Resolutivbedingung mit der Nuncupatio nach Form wie Inhalt im übrigen wohl verträglich ist, bestreitet auch Czyhlarz nicht.

Dieselben Gründe gelten auch für die Zulassung des Endtermins [4]).

Ist sonach gegen eine resolutiv befristete Mancipation in theoretischer Beziehung nichts einzuwenden, so wird sie doch in der Praxis so gut wie garnicht vorgekommen sein [5]). Die vor-

[1]) Czyhlarz muß dies selbst zugeben (a. a. O. S. 36).

[2]) vgl. Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung (1877) S. 96.

[3]) Die Quellen verstehen unter einem Rechtsgeschäft mit auflösender Bedingung nicht ein negotium condicionale, sondern ein negotium purum, quod resolvitur sub condicione. Diese Hinzufügung ist ihnen auch eine conventio, keine condicio. Vgl. z. B. l. 2 pr., l. 4 § 3 D. 18, 2, l. 1 D. 18, 3, l. 2 § 3, 4, 5 D. 41, 4, l. 1 pr. D. 39, 5. In l. 44 § 2 D. 44, 7 heißt es von der auflösenden Bedingung ausdrücklich, daß sie eine Bedingung ist, quae post perfectam obligationem ponitur.

[4]) Für die Zulässigkeit einer Mancipation unter einem Endtermin spricht sich Mitteis (a. a. O. S. 122) auf Grund von Varro de l. l. 7, 105 aus.

[5]) Arthur Kohler (a. a. O. S. 35 ff) glaubt, daß bei Sklavenverkäufen resolutivbedingte Mancipationen zugelassen waren. Er beruft sich hierbei auf l. 9 D. 18,7, Vat. fr. § 6, l. 1 D. 4,55, l. 4 D. 18,7 und l. 10 § 1

nehmste Aufgabe der Mancipation war die Übertragung des Eigentums. Ein Eigentum auf Zeit war aber nach römischen Begriffen ein Unding. Das Eigentum war ein sog. „ewiges“ Recht ebenso wie die Prädialservitut, zu deren Begründung die mancipatio ja gleichfalls gebraucht wurde. Von diesen Rechten und ihrem Verhältnis zum Endtermin wird unten im Zusammenhange gehandelt werden.

§ 6.

2. In iure cessio.

I. Daß die in iure cessio, dieser zum Rechtsgeschäft gewordene und zur Begründung mannigfacher Rechtswirkungen bestimmte Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit[1]), keine Bedingungen aufnehmen konnte, hängt mit ihrer engen Verwandtschaft mit dem Legisaktionenprozeß, insbes. der legis actio sacramento, zusammen. Nulla legis actio prodita est de futuro[2]). Die in iure cessio war Vindikation ohne Kontravindikation. Die bei ihr gebrauchten Formeln (z. B. hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio, Gai. II § 24) charakterisieren sich wie die bei der Mancipation gebrauchten gleichfalls als Konstatierung eines gegenwärtigen Rechtszustandes. Was daher oben als Grund für die Unzulässigkeit von Suspensivbedingung und Anfangstermin angegeben wurde, gilt auch für die in iure cessio.

II. Auch bei der in iure cessio begegnen wir wieder der Ansicht, daß Bedingungen und Zeitbestimmungen schlechthin, also auch Resolutivbedingung und Endtermin ausgeschlossen wären. Man beruft sich auch in dieser Beziehung auf die Unvereinbarkeit der genannten Nebenstimmungen mit der Behauptung eines gegenwärtigen Rechts[3]). Damit werden aber nur die Bedingungen

D. 2,4. Kohler erblickt hierin eine singuläre Ausnahme von der Regel, daß die Mancipatio keine Resolutivbedingungen vertrage. Die Ausnahme ist ebensowenig vorhanden wie die Regel. Die genannten Stellen behandeln den formlosen Kauf, nicht die Mancipation.

[1]) Das Anwendungsgebiet der in iuro cessio hat sich mit der Weiterbildung des Rechts ständig verringert, bis sie im nachklassischen Recht völlig verschwunden ist. Gewisse Rechtsgeschäfte, so z. B. die Adoption, haben auch, als sie in anderer Form vorgenommen werden durften, ihre Bedingungsfeindlichkeit gewahrt; aus welchen Gründen soll unten erörtert werden.

[2]) Vat. fragm. § 49, Keller-Wach, Römischer Civilprozeß § 24.

[3]) Scheurl a. a. O. S. 308.

und Befristungen, die das Recht als noch nicht eingetreten bezeichnen, also die aufschiebenden, getroffen. Die Worte: „aio mihi ius esse utendi fruendi in hac re usque ad Kalendas Januarias“ enthalten durchaus keinen innern Widerspruch[1]).

Um so bedenklicher müßte hier der Ausspruch des Paulus (Vat. fr. § 48) stimmen:

ad certum tempus et in iure cedi et legari et officio iudicis constitui potest (sc. ususfructus).

Auf Grund dieser Stelle hat zuerst Enneccerus (a. a. O. S. 17) die Vermutung ausgesprochen, daß der Grund dieser Behandlung in der Verschiedenheit der injurecedierten Rechte, nicht aber in der Geschäftsform der in iure cessio zu suchen ist. Ihm ist beizutreten. Der Ususfrukt, von dem das fr. 48 handelt, ist ein Rechtsverhältnis, das sehr wohl auf Zeit begründet werden kann. Er ist kein ewiges Recht[2]). Bezüglich des Verhältnisses von Resolutivbedingung und Endtermin zur in iure cessio gilt daher dasselbe was im vorigen § von der mancipatio gesagt wurde. Der Ausspruch des Paulus im Verein mit der analogen Behandlung der in iure cessio ist übrigens ein weiterer Beweis für die Richtigkeit der oben gemachten Ausführungen.

§ 7.

3. Acceptilatio, expensilatio.

Das Bedingungsverbot bei der Acceptilation, der abstrakten Schuldtilgungserklärung[3]), ist außer in den bereits erwähnten Stellen l. 77 D. 50,17 und Vat. fragm. § 329 noch in l. 4 D. 46,4 (Pomponius), l. 5 (Ulpianus), l. 12 cit (Pomponius) ausgesprochen.

I. Der Grund für den Ausschluß von Suspensivbedingung und Anfangstermin ist derselbe wie bei mancipatio und in iure cessio. Die Formelworte lauten:

Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? — acceptum habeo (Gajus III, 169).

Diese Konstatierung einer bereits erfolgten Leistung ist mit der Abhängigmachung von einem zukünftigem Umstande — gleich

---

[1]) vgl. Enneccerus a. a. O. S. 69.

[2]) vgl. unten § 10.

[3]) s. Jörs a. a. O. § 65.

ob befristet oder bedingt — durchaus unvereinbar. Die Acceptilation steht vollkommen der erfolgten Zahlung gleich (solutionis exemplo solet liberare l. 5 cit.), und ebensowenig wie diese reale Handlung (vgl. ob. § 1) kann sie bedingt oder befristet werden[1]).

II. Sinnlos wäre auch eine Acceptilation unter einem Endtermin (acceptum habeo usque ad kalendas Januarias). Die anerkannte Tatsache einer bereits erfolgten Zahlung kann bei Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes nicht mehr aus der Welt geschafft werden.

III. Es bedarf noch der Aufklärung, ob auch die Resolutivbedingung ausgeschlossen ist. Ausdrücklich verboten ist sie nicht. Indessen war sie jedenfalls wirkungslos.

Die Acceptilation tilgt die Obligation vollständig. Es bedarf einer Neubegründung, um sie wiederaufleben zu lassen, und das vermag die Resolutivbedingung nicht zu leisten[2]).

Dagegen geht Czyhlarz[3]) m. E. zu weit, wenn er jeden Bedingungszusatz bei einem Quittungsformular für sinnlos erklärt[4]). Die moderne Quittung (ebenso übrigens die acceptilatio[5])) setzen keine tatsächliche Erfüllung voraus, sondern dürfen auch zum Schulderlaß verwendet werden. Ein solcher Erlaß kann aber sehr wohl bedingt vorgenommen werden[6]).

§ 8.
4. Die auctoritas tutoris.

I. Unter auctoritas tutoris verstehen die Quellen die Mitwirkung des Tutors bei den durch den Mündel erfolgenden Ge-

[1]) Ebenso wie die acceptilatio verbis werden die acceptilatio litteris sowie die expensilatio behandelt, da sie denselben Formvorschriften unterliegen (Gai. III. 129. 130). Übereinstimmend: Fitting a. a. O. S. 342, Scheurl a. a. O. S. 302, Enneccerus a. a. O. S. 40, Hölder, Pand. S. 237, Windscheid, § 95 Anm. 2.

[2]) Czyhlarz a. a. O. S. 80.

[3]) a. a. O.

[4]) Auch Leonhard (Allg. Tl. des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900, S. 401 Anm. 2) hält Bedingungen im Quittungsformular für unzulässig. Er will sie zwar, wie ich mündlicher Mitteilung entnehme, beim Erlaßvertrage zulassen; damit wird aber nach seiner Ansicht in das Quittungsformular etwas andres hineingetragen, als der Wortlaut besagt.

[5]) vgl. l. 19 § 1 D. 46, 4, Jörs a. a. O. S. 128.

[6]) vgl. unten § 29.

schäftsabschlüssen, das „Vollwort“, durch das sie zu vollwirksamen wurden[1]). Ursprünglich konnte sie nur mit Formelworten (auctor fio), in der Kaiserzeit beliebig zum Ausdrucke gebracht werden. Doch wurde neben der Vorschrift der alsbaldigen Vornahme in Gegenwart des Mündels das Bedingungs- und Befristungsverbot stets aufrecht erhalten: auctoritas non conditionaliter sed pure interponenda est (l. 8 D. 26, 8).

II. Man hat dieses Verbot sowohl aus materiellen wie aus formellen Gründen zu erklären versucht.

1. Fitting (a. a. O. S. 346) und Scheurl (a. a. O. S. 303) sehen den Grund in dem „Erfordernis eines entschiedenen auf ernster reiflicher Überlegung beruhenden Willens.“ Eine bedingte Willenserklärung kann aber auf ebenso ernster und reiflicher Überlegung beruhen wie eine unbedingte; wer eine Bedingung setzt, wird regelmäßig sogar vorsichtiger handeln, als wenn er dies unterläßt. Er macht sich von einem eventuell Schaden bringenden Ereignis unabhängig oder er macht sich ein nützliches dienstbar, indem er sie beim Setzen der Bedingung berücksichtigt.

Man könnte einwenden, daß manche Menschen bei der Setzung eines Termins oder einer Bedingung leichtsinniger handeln werden als im entgegengesetzten Falle, wo ihnen die Wirkungen ihres Tuns auf der Stelle drohen. Daß dieser Gedanke dem römischen Recht aber durchaus fern gelegen hat, beweist der Umstand, daß nur die bedingte Abgabe der tutoris auctoritas verboten war, obwohl der tutor zu bedingten und befristeten Geschäften des Mündels seine auctoritas abgeben[2]) und sicherlich, wenn er ohne den Mündel handelte, auch bedingte und befristete Geschäfte für ihn abschließen durfte[3]).

Enneccerus' Erklärungsversuch[4]) ist nicht glücklicher. Danach ist auctoritas Leitung des Willens zum Abschluß eines Geschäfts — gewissermaßen eine civilrechtliche „Anstiftung“ — und auctoritatis interpositio „die solenne Erklärung des Tutors, daß das fragliche Geschäft auf seinem Rat und Antrieb beruhe.“

[1]) Pernice, Labeo I S. 184 ff, Jörs a. a. O. S. 162, Leonhard, Institutionen S. 233.

[2]) l. 8 D. 26, 8.

[3]) ähnlich Enneccerus a. a. O., S. 43.

[4]) a. a. O., S. 46 ff.

Daraus ergäbe sich dann, daß mit der Erklärung selber auctor zu sein eine Bedingung oder Befristung unvereinbar sei.

Seine Übersetzung von auctoritas mit „Leitung des Willens zum Abschluß des Geschäfts“ sucht Enneccerus einmal mit dem Hinweis auf den Namen, zum andern aus Wendungen wie tutore auctore promittere und ähnlichen zu erklären. Demgegenüber weist Hölder[1]) darauf hin, das Enneccerus' zweites Argument „eine einfache petitio principii,“ das erste aber unrichtig sei. Auctor ist vielmehr „von jeher und ausnahmslos derjenige, der eine mangelhafte Willenserklärung vermehrt, vollmacht“[2]). Im Gegensatze zu consilium, der Beratung, steht die auctoritas als Bestätigung. Nach Hölder sprechen auch Wendungen wie interponere, praestare, accommodare auctoritatem gegen Enneccerus' Auffassung der tutoris auctoritas als vormundschaftliche Initiative. Übrigens meint Enneccerus selber, daß er mit seiner Erklärung „ein ungewisses und gefährliches Feld betrete und darum wohl viel Anfechtung erleiden werde.“

2. Der Grund der Unzulässigkeit von Bedingung und Befristung ist vielmehr ein formeller. Die Handlung des Vormunds ist eine unvollkommene, eine Ergänzungshandlung zu dem vom Mündel vorgenommenen Abschluß des Geschäfts. Notwendigerweise haben beide daher im Zusammenhang zu erfolgen[3]). Dies bestätigt die Bestimmung, daß die Erklärung des Vormundes unmittelbar nach der des Mündels bei seiner Anwesenheit vorgenommen werden muß. Tutor statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri, post tempus vero aut per epistolam interposita eius auctoritas nihil agit (l. 9 § 5 D. 26, 8)[4]).

Wenn hier auch nur von der Zeit der Vornahme der interpositio gesprochen wird — hierauf weist Enneccerus (a. a. O.) Rudorff gegenüber hin, — so bildet doch das in der l. 8 cit. ausgesprochene Verbot der Bedingung nur die notwendige Ergänzung hierzu, indem es auch den Eintritt der Wirkungen im gleichen Augenblick erfordert.

[1]) Kritische Vierteljahrsschrift, Bd. XVI, S. 238.

[2]) Vergl. a. Pernice, Labeo I, S. 186.

[3]) Im wesentlichen übereinstimmend: Rudorff, Vormundschaftsrecht II, S. 314 ff. und Hölder a. a. O., S. 238.

[4]) Ebenso: § 2 J. 1, 21, l. 25 § 4 D. 29, 2.

II. Unzulässigkeit aus **materiellen** Gründen.

a) Aus sittlichen Gründen.

§ 9.

Emancipatio, adoptio, legitimatio, Eheschließung.

I. Diese dem Familienrechte angehörigen Geschäfte bilden eine zusammengehörige Gruppe.

Ehe und Kindesverhältnis widerstreben ihrer innersten Natur nach einem Zwischenzustande, wie er durch den Lauf einer Frist oder das Schweben bei der Bedingung erzeugt wird. Mit der Vornahme der auf Begründung dieser Verhältnisse gerichteten Rechtsgeschäfte sollen ihre Wirkungen eintreten und zwar für die Lebenszeit der Beteiligten und noch darüber hinaus. Ehe und Kindesverhältnis sind „ewige" Rechte[1]). Das zu Grunde liegende sittliche Verhältnis ist mit der Abhängigmachung von einem äußeren Umstande unvereinbar[2]).

Diese Auffassung hatte auch das römische Recht. Der Umstand, daß die Quellen in dieser Beziehung äußerst spärlich fließen, beweist nicht das Gegenteil, sondern ist vielmehr gerade ein Beweis dafür, wie selbstverständlich den Römern die Unzulässigkeit von Bedingung und Befristung war. Ausdrücklich erwähnt ist das Verbot nur in der l 77 D. 50, 17 für die emancipatio nach der jedenfalls richtigen Lesart der Vulgata[3]) und für die adoptio in der l. 34 D. 1, 7:

. . nec enim moribus nostris convenit filium temporalem habere[4]).

[1]) Vgl. unt. § 10.

[2]) Übereinstimmend Scheurl a. a. O., S. 303, Enneccerus a. a. O., S. 51, Czyhlarz a. a. O., S. 21, Hölder a. a. O. S. 239. — Über das Verhältnis des Römers zur Frau vgl. auch Leonhard, Roms Vergangenheit und Deutschlands Recht (Festschrift für Eduard von Simson, 1889) S. 23.

[3]) Vgl. ob. § 3, I.

[4]) Sitte und Recht des Occidents und des Orients sind diametral von einander verschieden. Eins der wesentlichsten Unterscheidungsmerkmale war im Altertum — und ist es noch heut — das Verhältnis von Mann und Weib, insbes. ihre im Eherecht gesetzlich geregelte Verbindung. Mitteis' und seiner Schule Forschungen sind im Begriff uns immer weitergehende Aufschlüsse über die nationalen Rechte zu geben, die in den romanisierten Ostprovinzen des römischen Kaiser-

II. Das kanonische Recht, dessen Grundsätzen sich das gemeinrechtliche Eherecht unterordnete, gestattete Eheschließungen unter einer Suspensivbedingung (vgl. c. 3, 5, 7. X. de cond. app. 4, 5[1]).

reichs neben dem römischen Reichsrecht fortgalten, von Rom und Byzanz stillschweigend geduldet, von den Provinzialen zäh festgehalten. Spuren des Ägyptischen Volksrechts lassen sich noch bis in die Islamitische Zeit hinein verfolgen. (Vgl. Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht, 1891, S. 4 ff.). Lange noch erhielt sich in Ägypten das uralte Mutterrecht. Noch in byzantinischer Zeit wurde der Muttername dem Personennamen beigefügt. Charakteristisch waren ferner die Geschwisterehe sowie der Rechtssatz, daß die nicht konsummierte Ehe als ungültig anzusehen sei (Mitteis a. a. O., S. 57 ff., 221 ff.).

Uns interessiert hier das merkwürdige Institut des ἄγραφος γάμος. Dieser ἄγραφος γάμος war eine minderwertige Form der Eheschließung gegenüber der vollwertigen Form des ἔγγραφος γάμος. Der Unterschied zwischen beiden lag nicht, wie der Name vermuten lassen könnte, in der beim Abschluß beobachteten Schriftform, sondern im Inhalt der schriftlichen Abmachung. Bei dem ἄγραφος γάμος soll nun, wie Mitteis' (a. a. O., S. 223, 224) ausführt, eine Art Probejahr vorgekommen sein (annus cohabitationis, ἐνιαυτὸς συνοικεσίου). Im Ehekontrakt sei ausdrücklich ein Eheprovisorium stipuliert worden. Dabei habe man auch der Braut eine Art Gehalt für das erste Jahr und Entschädigung für den Fall der Verstoßung zugesichert. Der Zweck des Probejahres soll nach Mitteis' Annahme (vgl. auch die a. a. O., S. 223, Anm. 2 citierte Literatur) in der Erprobung der weiblichen Fruchtbarkeit zu suchen sein. Im Falle der Kinderlosigkeit hätte die Ehe für auflösbar gegolten. Hiernach hätten wir in dem ἄγραφος γάμος eine bedingte Eheschließung zu erblicken. Zweifelhaft könnte nur sein, ob eine aufschiebende oder eine auflösende Bedingung anzunehmen ist.

Neuere Forschungen lassen es indessen zweifelhaft erscheinen, ob die Fruchtbarkeit der Frau für das Fortbestehen der Ehe wirklich Bedingung im Rechtssinne gewesen ist. Vielmehr wird jetzt angenommen, daß das Charakteristikum des ἄγραφος γάμος in einer leichten Scheidungsmöglichkeit bestanden hat. Der praktische Erfolg wäre in diesem Falle allerdings derselbe wie bei der bedingten Eheschließung im oben gekennzeichneten Sinne. Blieb die Frau unfruchtbar, so konnte der Mann sich ihrer ohne weiteres entledigen. Bei dieser Sachlage könnte aber natürlich von keiner Bedingung mehr die Rede sein. Ein abschließendes Urteil über den ἄγραφος γάμος wird sich erst auf Grund weiterer Fortschritte der Papyrusforschung ermöglichen lassen. — Ἄγραφος und ἔγγραφος γάμος finden sich übrigens auch im Syrischen Recht wieder (vgl. Braßloff, Zur Kenntnis des Volksrechts in den romanisierten Ostprovinzen des römischen Kaiserreichs, Weimar 1902, S. 70 ff.).

[1]) Unzulässig sind natürlich alle Bedingungen contra substantiam matrimonii vgl. ob. § 1.

Es hat lange gedauert, ehe die kirchliche Gesetzgebung sich entschloß, diesem ausschließlich von der kanonischen Wissenschaft geschaffenen Institut Einlaß zu gewähren. Die bedingte Eheschließung führt auf die Eheschließung zwischen Christen und Häretikern conversione futura pollicita zurück[1]). Die dogmatische Entwickelung vollzog sich in der Weise, daß die römisch-rechtlichen Sätze vom bedingten Rechtsgeschäft mehr oder minder mechanisch auf die Ehe übertragen wurden, obwohl der sakramentale Charakter dieses Instituts einer derartigen Regelung durchaus widerstrebte[2]). An diesem stets empfundenen Zwiespalt krankt die ganze Lehre.

Der Entwickelung entspricht das Ergebnis. Der bedingt abgegebene Ehekonsens ist zunächst rechtsunwirksam[3]). Eine eheliche Gebundenheit tritt noch nicht ein. Weder ein impedimentum affinitatis noch quasi affinitatis entsteht für die Blutsverwandten[4]). Die bedingt verheirateten Eheleute selbst sind pendente condicione nicht einmal durch das impedimentum ligaminis am Abschluß einer neuen Ehe behindert. Geht einer der beiden Ehegatten während des Schwebens der Bedingung eine neue Ehe mit einem Dritten ein, so ist dieselbe gültig[5]). Aus dieser neuen Ehe entspringt nunmehr das impedimentum ligaminis gegenüber der früher bedingt abgeschlossenen Ehe. Ein Zwang das bedingt abgegebene Eheversprechen zu halten, wird lediglich

[1]) Vgl. Gratian cap. un. C. 32 qu. 8 und Rolandus Bandinellus (nachmals Papst Alexander III.) in seinem Stroma (= Summa) c. 16 C. 28 qu. 1 und C. 32 qu. 8 (Ausg. von Thaner, die Summa magistri Rolandi, 1874).

[2]) Die Entwickelung der Lehre von der bedingten Eheschließung haben auf Grund eingehender dogmengeschichtlicher Untersuchungen dargestellt: Freisen, (Geschichte des Canonischen Eherechts bis zum Verfall der Glossenlitteratur, Tübingen 1888, S. 232 ff.) und vornehmlich Hussarek von Heinlein in seiner Monographie: „Die bedingte Eheschließung“ (Wien 1892). Vgl. a. Riedler, Bedingte Eheschließung, Erlanger Diss. 1892, sowie die bei Friedberg, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts, 5. Afl., 1903, § 141, Anm. 35 citierte Literatur.

[3]) cap. un. § 1 in VI^to 4, 1 (Bonifacius VIII.).

[4]) Hussarek a. a. O., S. 192 ff.

[5]) Vgl. Glossa ordinaria ad verbum praesumendum in cap. 6 X. 4, 1 und dazu Hussarek a. a. O., S. 194. S. a. Freisen a. a. O., S. 252. Zustimmend Friedberg a. a. O., Anm. 36.

durch Strafandrohungen ausgeübt[1]). Es besteht demnach nur eine rechtliche, keine eheliche Gebundenheit.

Mit dem Eintritt der Bedingung entsteht die Ehe ipso iure, ohne daß es einer Wiederholung der Konsenserklärung bedarf. Es wird fingiert, daß der Ehekonsens erst jetzt erklärt wird[2]). Defiziert die Bedingung, so entsteht ein trennendes Ehehindernis (impedimentum deficientis condicionis appositae)[3]). Dabei wird angenommen, daß bei Wegfall der Bedingung „die durch die Bedingung determinierte Identität der Person und hiermit die Grundlage des Konsenses“ wegfällt[4]).

Vollzug der copula carnalis pendente condicione wird einem Verzicht auf die Bedingung gleichgeachtet[5]). Aus dieser Bestimmung geht deutlich hervor, daß das kanonische Recht bei der Zulassung der bedingten Eheschließung die sittlichen Anschauungen des römischen Rechts nicht etwa verlassen hat. Eine wirkliche Ehe — mit Geschlechtsverkehr der Ehegatten — unter einer aufschiebenden Bedingung würde dem sittlichen Gefühl nicht nur des feinfühligen kanonischen Rechts widersprochen haben.

Trotz der durch das Tridentinum eingeführten Eheschließungsform ist die bedingte Eheschließung auch im modernen Kirchenrecht erhalten geblieben. Sie bedarf bischöflicher Genehmigung. Praktisch ist sie indessen fast völlig außer Übung gekommen[6]).

Im protestantischen Kirchenrecht schließt die Form der Eheschließung Bedingungen aus. Bevor die kirchliche Trauung

[1]) Die Kontrahenten können sich auch durch Bestärkungsmittel (Eid und arrha sponsalitia) sichern.

[2]) Hussarek a. a. O., S. 191 ff., 243 ff.

[3]) Vgl. auch Schulte, System des Allgemeinen katholischen Kirchenrechts (1856) II § 133, Richter-Dove-Kahl, Lehrbuch (8. Afl., 1886), § 270, Laemmer, Institutionen (2. Afl., 1892), § 139.

[4]) Schulte a. a. O., vgl. auch v. Scheurl, Das gemeine deutsche Eherecht (1882), S. 130.

[5]) cap. 3, 5, 6. X. 4, 5 und cap. 4. X. 4, 18.

[6]) Vgl. Schulte a. a. O. S. auch Kutschker, Das Eherecht der katholischen Kirche nach seiner Theorie und Praxis (Wien 1857), Bd. IV. S. 269, 274.

noch nicht die allein gültige Form der Eheschließung war, galten suspensiv bedingte Eheschließungen rechtlich als Verlöbnisse[1][2]).

b) Unzulässigkeit aus wirtschaftlichen Gründen.

α) Die ewigen Rechte.

§ 10.

αα) Allgemeiner Charakter.

Der Endtermin beendigt die Wirkungen des Rechtsgeschäfts dem er hinzugefügt ist. Bei seinem Eintritte erlischt das bestellte Recht. Unberührt bleiben dagegen das begründende Rechtsgeschäft und seine bis zum Eintritte der Befristung erzeugten Rechtswirkungen. Hieraus folgt, daß die Unzulässigkeit des Endtermins nicht in der Beschaffenheit eines bestimmten Rechtsgeschäfts[3]), sondern stets im Charakter des durch dieses Geschäft begründeten Rechtes ihren Grund haben muß.

Untersuchen wir die Schar der Rechte auf ihre Verträglichkeit mit dem Endtermin hin, so ergibt sich seine Vereinbarkeit mit allen denjenigen Rechten, deren Wesen ein vorübergehendes ist, die auf Zeit angelegt sind[4]). Hierher gehört z. B. die Personalservitut. Sie ist von vornherein durch die Lebensdauer des Berechtigten begrenzt. Daß diese „zeitlichen" Rechte sich über einen längeren Zeitraum erstrecken können, ändert nichts an

[1]) Friedberg a. a. O.

[2]) Beim Verlöbnisse, aus dem im kanonischen Recht im Gegensatze zum römischen Recht auf Erfüllung geklagt werden konnte, sind Bedingungen zulässig. Vgl. v. Scheurl, Eherecht, S. 369. Cap. ult. X. de cond. appos. IV, 5, auf Grund dessen das Gegenteil behauptet wurde, bezieht sich auf die Ehe. Vgl. Schulte a. a. O. II. § 139, Anm. 4, Richter-Dove-Kahl a. a. O. § 289, Anm. 3. Der Unterschied zwischen dem Verlöbnis und der bedingten Eheschließung liegt im Konsense. Ersteres erfordert den Verlöbniskonsens, letztere aber maritalen, der nur zeitweilig unwirksam ist. Der Ehekonsens ist Statusbegründung, der Verlöbniskonsens begründet nur einen Anspruch auf Begründung des Status (Hussarek a. a. O., S. 199 ff., 242). De facto sind die Wirkungen der bedingten Eheschließung schwächer als die des Verlöbnisses.

[3]) es sei denn, daß ein Rechtsgeschäft aus formellen Gründen keinen Endtermin verträgt.

[4]) Scheurl, z. Lehre v. d. Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften, S. 63, Czyhlarz a. a. O., S. 8 ff.

ihrem Charakter, welcher gestattet, daß sie von vornherein mit der Schranke zeitlicher Endigung behaftet bestellt werden können.

Auf der andern Seite stehen diejenigen Rechte, welche ihrer Natur nach auf Dauer angelegt sind z. B. die Ehe. Scheurl[1]) nennt diese Geschäfte „immerwährende", Jhering[2]) und Czyhlarz[3]) bezeichnen sie als „ewige" Rechte Diese Terminologie bedarf insofern der Erläuterung, als sie das Mißverständnis erzeugen kann, daß diese Rechte überhaupt nicht aufgehoben werden dürften. Der wesentliche Unterschied von der oben behandelten Klasse besteht aber nur darin, daß diese Rechte nicht von vornherein als zeitlich beschränkte begründet werden können. Ein besonderes Rechtsgeschäft ist zu ihrer Aufhebung erforderlich. Sie sind zeitlich begrenzbar, aber nicht begrenzt bestellbar.

Welche Rechte in dem gekennzeichneten Sinne zeitliche, welche dauernde sind, ist auf den einzelnen Stufen der römischen Rechtsentwickelung verschieden gewesen. Das altrömische Recht ließ den Endtermin nur widerstrebend bei den subjektiven Privatrechten zu[4]). Der Kreis der ewigen Rechte war daher ursprünglich ein großer. Allmählich wurde der Endtermin beim Nießbrauch, beim Pfandrecht, der Emphyteuse und Superficies sowie bei den Obligationen mit Ausnahme der Obligationen aus Stipulationen gestattet.

Am längsten haben den Charakter des nicht begrenzt bestellbaren Rechts gewahrt auf dem Gebiete des Familienrechts: die Ehe und das durch die Adoption begründete Kindesverhältnis, im Vermögensrecht: das Eigentum, die Prädialservitut und die Verbalobligation, im Erbrecht: das durch die Erbeinsetzung begründete Recht. Dies kann nicht Wunder nehmen; denn diese Rechte sind die Grundpfeiler des römischen Rechtssystems.

Über Ehe und Adoption ist bereits in anderem Zusammenhange gehandelt worden[5]). Hier sollen uns die befristungsfeindlichen Vermögensrechte beschäftigen.

---

[1]) a. a. O.

[2]) Jahrbücher für Dogmatik Bd. X S. 505 insbes. Anm. 134.

[3]) a. a. O., S. 8 ff.

[4]) S. darüber Degenkolb, Platzrecht und Miethe, 1867, S. 162 und ob. § 2.

[5]) § 9.

ββ) Die ewigen Rechte im einzelnen.

1. Das Eigentum.

§ 11.

a) Die Eigentumsübertragung.

I. Eine Konstitution von Diocletian und Constantius spricht sich klar über die Wirkung der auflösend befristeten Eigentumsübertragung aus: Vat. fragm. § 283.

Si stipendiariorum praediorum proprietatem dono dedisti, ita ut post mortem eius, qui accepit ad te rediret, donatio irrita est, cum ad tempus proprietas transferri nequiverit . . . .

Ferner l. 55 D. 46,3 (Ulpianus):

Qui sic solvit, ut reciperet, non liberatur, quemadmodum non alienantur nummi, qui sic dantur, ut recipiantur.

In gleicher Weise äußert sich die Scholie zu Bas. 16, 1, 4 bei Erläuterung des Ausspruches des Paulus l. 4 D. 7, 1 (Usus-fructus in multis casibus pars dominii est):

. . . . εἴρηται δέ μοι ἐπὶ πολλῶν καὶ οὐκ ἐπὶ πάντων θεμάτων δεσποτείαν μιμεῖσθαι οὐσούφρουκτον, ἐπειδὴ πρόσκαιρος μὲν οὐκ ἔρρωται δεσποτεία, οὐσούφρουκτος δὲ καὶ ἐπὶ φανεροῦ συνίσταται χρόνου.

Aus diesen Stellen ergibt sich, daß die Beifügung eines Endtermins bei der Eigentumsübertragung Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts zur Folge hat[1]). Ihnen gegenüber erscheint mir Czyhlarz's Ansicht ungerechtfertigt, der in dem § 283 „nur eine ganz vereinzelte Auffassung“ erblickt und die beigefügte Befristung ope exceptionis, also indirekt[2]) wirken lassen will. Czyhlarz stützt sich nur auf die bereits dem Justinianischen Rechte angehörige l. 2 C. 8, 55 (54). Auch sein Argument, daß die Prädial-

[1]) Schulin a. a. O., S. 195 ff., Dernburg Pand. § 271 Anm. 16, Windscheid Pand. § 90 Anm. 4. — Schulin zieht auch noch l. 17 § 1 D. 41, 2 zum Beweise heran. Nach ihm bezieht sich die Stelle nicht auf die Dereliktion, sondern ihr Schlußsatz: si quis igitur possessionem ita tradidit, ut postea ei restituatur, desinit possidere, ist etwa so zu ergänzen: wenn er aber Eigentum ad tempus überträgt, so hat er dieses Eigentum nicht verloren, cum dominium ad tempus transferri nequiverit. Die Möglichkeit dieser Konjektur leuchtet ein. Jedenfalls genügen die im Text angegebenen Stellen zum Beweise.

[2]) wie bei den Prädialservituten. Vergl. unten § 13.

servitut — bei ihr wirkte der Endtermin ope exceptionis — „ebensogut ein ewiges Recht ist wie das Eigentum," ist m. E. nicht durchschlagend. Die Anschauung von der Unvereinbarkeit einer Befristung mit dinglicher Wirkung hat sich vielmehr bei dem höher bewerteten Eigentum länger erhalten als bei dem ius in re aliena.

Allerdings darf die in Vat. fragm. § 283 ausgesprochene Regel nicht mißverstanden werden. Nur die Eigentumsübertragung, bei der nach ausgesprochener Parteiabsicht die Zeitbestimmung mit dinglicher Wirkung ausgestattet sein, bei der also ein „beschränktes Eigentum" übertragen werden sollte, war nichtig. Dagegen war eine Eigentumsübertragung, der ein pactum des Inhalts beigefügt worden war, daß nach bestimmter Frist ein obligatorischer Anspruch des Veräußerers auf Rückübertragung entstehen sollte, voll gültig[1]). Darauf beruhten ja die fiduziarischen Geschäfte. Ein Beispiel für einen gültigen Kauf mit der Nebenberedung der Restitutionspflicht des Käufers gegen Rückerstattung des Kaufpreises enthält l. 2 C. 54, 4 (Imp. Alexander A. Charisio). Danach hat der Käufer eine actio praescriptis verbis vel ex vendito[2]). Möglich ist, daß sich im Interesse der Aufrechterhaltung sonst nichtiger Rechtsgeschäfte das Bestreben geltend machte, durch Konversion anstelle der Eigentumsübertragungsverträge, denen nach Absicht der Parteien ein Endtermin mit dinglicher Wirkung beigefügt war, solche mit obligatorischer Wirkung zu setzen[3]).

II. Jedenfalls bildet das Justinianische Recht einen Abschluß. Unter Abänderung der im § 283 Vat. fragm enthaltenen Konstitution bestimmt c. 2 C. 8, 55:

> Si praediorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius, qui accepit, ad te rediret, donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest lege scilicet quae ei imposita est conservanda.

Diese Stelle sagt aber nur, daß eine befristete Eigentumsübertragung gültig ist.

[1]) Schulin a. a. O., S. 197, ähnlich auch Jhering, Jhrbchr. X S. 577 insbes. Anm. 231.

[2]) Hier liegt ein Endtermin keine Resolutivbedingung vor, da keine Rückziehung stattfindet (Schulin a. a. O.).

[3]) So Schulin a. a. O., S. 198 auf Grund der c. 8 C. 5, 12.

Welche Wirkung der Endtermin hat, eine dingliche oder obligatorische, sagt sie nicht. Wir sind daher auf Schlußfolgerungen angewiesen. Bei dieser Sachlage stehen sich drei Gruppen von Ansichten gegenüber.

1. Schulin[1]) glaubt, daß die l. 55 D. 46, 3 noch neben der c. 2 C. cit. weiter gelte und kommt zu dem Resultat: Ist klar ausgedrückt, daß die Zeitbestimmung dingliche Wirkung haben soll, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig; soll sie nach der Meinung der Parteien obligatorische Wirkung haben, so ist es gültig. Danach wäre im wesentlichen alles beim Alten geblieben. Diese Ansicht steht aber im Widerspruch zu der in der c. 2 cit. deutlich zum Ausdrucke gelangenden Tendenz den früheren Rechtszustand aufzuheben.

2. Czyhlarz[2]) nimmt nur eine obligatorische Wirkung der Resolutivbedingung an. Da ein Schutz ope exceptionis nur in den verhältnismäßig seltenen Fällen genügen würde, in denen der Veräußerer den Besitz wiedererlangt hätte, will er diesem noch eine condictio sine causa, event. eine actio fiduciae zubilligen.

3. Die Mehrzahl der Schriftsteller[3]) steht auf dem Standpunkte direkter — dinglicher — Wirkung des Endtermins. Sie schließen die direkte Wirkung einmal aus der analogen Behandlung der Resolutivbedingung (Windscheid), oder sie weisen darauf hin, daß die Zulassung eines Endtermins mit nur obligatorischer Wirkung keinen Fortschritt bedeutet hatte, da dieselbe Wirkung bereits früher durch Hinzufügung eines pactums erreicht werden konnte (Regelsberger).

Beide Gründe halte ich für zutreffend. Die Richtigkeit der letzteren Ansicht ergibt sich m. E. mit voller Klarheit, wenn man dem innern Grunde des Verbots der befristeten Eigentumsübertragung historisch nachgeht.

---

[1]) a. a. O., S. 199.

[2]) a. a. O., S. 17.

[3]) Vergl. die Pandektenlehrbücher von Böcking (§ 136 Anm. 16), v. Vangerow (§ 96), Windscheid (§ 90 Anm. 4), Dernburg (§ 114), Regelsberger (§ 158) sowie die bei Czyhlarz a. a. O., S. 18 Note 21 citierte Literatur.

III. Das Eigentum gehörte nach römischer Auffassung in erster Linie zu der oben charakterisierten Kategorie der ewigen Rechte, die als zeitlich beschränkte nicht begründet werden durften. Dieselbe Anschauungsweise tritt auch in der erst allmählich und auch dann nur in beschränktem Umfange erfolgten Zulassung der dinglichen Rechte an fremder Sache zu Tage. Denn, um ein Bild Jherings[1]) zu gebrauchen: Bei den iura in re aliena erfolgt eine Spaltung des Eigentums „der Länge nach", beim Endtermin „in der Quere". Beides widersprach der Fundamentalanschauung des römischen Rechts von der Freiheit des Privateigentums.

Die hervorragende Bewertung des Eigentumsrechts erklärt sich aus dem Charakter des alten ius civile als eines Rechts für Bauern und Ackerbürger[2]). Der scharf ausgeprägte Eigentumssinn ist ein Charakteristikum nicht bloß des römischen Bauern, sondern des Bauern überhaupt.

Im Leben jedes Standes stehen bestimmte Rechtsgüter in erster Linie, eben diejenigen, auf die sich seine Existenz aufbaut. Der Beruf des Soldaten erfordert vorweg persönlichen Mut — daher die hohe Schätzung der Ehre im Offiziersstande. In derselben Weise bewertet der Kaufmann seinen Kredit, die Basis jeglichen Handelsgewerbes. Das Leben des Bauern endlich ist ein harter Kampf mit den Elementen im Interesse der eignen Scholle. Darum sind ihm der Acker, den er im Schweiße seines Angesichts bebaut, das Vieh, das er sorgsam großgezogen hat, „die sichtbare Gestalt seiner Arbeitsvergangenheit." Wenn er sein Eigentum hochhält und zäh verteidigt wie der Offizier seine Ehre oder der Kaufmann seinen Kredit, so zeigt er, daß er „das richtige Gefühl seiner ihm eigentümlichen Existenzialbedingungen" hat[3]).

Die altrömische Stadtgemeinde bestand nun fast ausschließlich aus bäuerlichen oder ackerbürgerlichen Elementen. Im Mittelpunkte ihres Rechtslebens stand daher das Eigentum am Bauergut und seinem Zubehör. Dieses Eigentum, ein Recht, das dazu bestimmt war, Geschlechter zu überdauern, von vornherein befristet,

[1]) Jahrb. X S. 510.

[2]) Vergl. hierzu M. Weber, Römische Agrargeschichte (1891) S. 116 ff.

[3]) Vergl. Jhering, Kampf um's Recht S. 36 und in seinen Jahrbüchern X S. 508 ff.

zu begründen, mußte der römischen Jurisprudenz, als contradictio in adiecto erscheinen[1]).

Diese spezifisch bauernrechtliche Anschauung ist, wie oben gezeigt worden ist, bis in die späte Kaiserzeit lebendig geblieben. Angesichts des totalen Umschwunges der wirtschaftlichen Verhältnisse, der sich bereits zu republikanischer Zeit vollzog, erscheint dies auffallend. Latifundienbesitzer und Großkaufleute traten an die Stelle der Bauern und Ackerbürger. Das Welthandelsrecht löste das ius civile ab. Wenn trotz alledem erst Justinian[2]) die Zulässigkeit der befristeten Eigentumsübertragung ausdrücklich proklamiert hat, so liegt der Grund wohl in dem konservativen Sinne der Römer, der wenigstens die Form gewahrt wissen wollte. Hierzu mag auch noch gekommen sein, daß die Anschauung von der Freiheit des Privateigentums, dieser echt römische Gedanke, von den Römern der Kaiserzeit ebenso geteilt wurde wie von ihren republikanischen Vorfahren. Das Prinzip konnte um so eher gewahrt werden, als das praktische Bedürfnis nach einer befristeten Eigentumsübertragung in der oben erwähnten Zulassung eines Pactums wenigstens teilweise Befriedigung fand. Damit war der Endtermin wenn auch nur mit obligatorischer Wirkung zugelassen.

Justinian hat wie sonst so auch hier das veraltete Verbot in die Rumpelkammer verwiesen. Dies allein hat ihn aber schwerlich zum Eingreifen veranlaßt. Er ist noch einen Schritt weitergegangen und hat auch die Eigentumsübertragung unter einer Befristung mit dinglicher Wirkung gestattet. Dieses Eingreifen lag ganz im Sinne der volksfreundlichen, dem Formalismus abgeneigten Tendenz des spätrömischen Rechts.

---

[1]) Dem modernen Juristen ist der Grund der zeitlichen Unbeschränkbarkeit des Eigentums schwer begreiflich. Aber so unnatürlich ist er nicht. Sehr richtig sagt Mitteis (Zeitschr. d. Sav.-Stiftg., rom. Abtlg., 22 S. 135): „Wenn wir einen unbefangenen Mann fragen, auf wessen Seite der Formalismus liegt, wenn wir ein Eigentumsrecht auf acht Tage annehmen, oder wenn die Römer solches nicht begreifen können, so ist sehr die Frage, zu wessen Gunsten die Entscheidung fallen würde. Der nichtjuristische Verstand kennt eben nur das freie, zeitlich unbegrenzte Eigentum."

[2]) Im byzantinischen Reiche hatte der Großhandel seine dominierende Stellung verloren. Vgl. Rudolf Leonhard, Roms Vergangenheit und Deutschlands Recht (Festschrift für Eduard von Simson, 1889), insbes. § 54.

IV. Wie wir oben (§ 2) angedeutet haben, ist die Resolutivbedingung, insbes. die dinglich wirkende, vom römischen Rechte nur zögernd zugelassen worden. Immerhin kannte das klassische Recht sie bereits bei den Veräußerungsgeschäften jedenfalls in den Fällen der lex commissoria und der in diem addictio[1]). Angesichts der Unzulässigkeit des Endtermins bei der Eigentumsübertragung bedarf diese Erscheinung der Aufklärung. Wir haben das Verbot des Endtermins auf die Unvereinbarkeit des „ewigen Rechts" des Eigentums mit einer Befristung zurückgeführt. Die Resolutivbedingung involviert aber gleichfalls — wenn auch nur in eventum — in ihrem endlichen Erfolge eine Befristung. Wie ist dieser Widerspruch zu erklären?

Karlowa[2]) meint, diese Erscheinung dürfe nicht Wunder nehmen. Für die Zulässigkeit von Resolutivbedingungen, insbes. einer lex commissoria sowie einer in diem addictio, hätten praktische Bedürfnisse gesprochen. Das ist richtig. Aber ebenso starke praktische Bedürfnisse sprachen auch für die Zulassung des Endtermins. Andererseits mußten sich gerade Erwägungen praktischer Natur zu Ungunsten der Resolutivbedingung geltend machen. Der Resolutivbedingung ist wie der Bedingung überhaupt die Erzeugung eines Schwebezustandes, des Zustandes der Ungewißheit, wesentlich. Dieser Zustand erscheint mit der oben charakterisierten altrömischen Auffassung vom Eigentum praktisch viel weniger vereinbar als der Endtermin, über dessen Eintritt von vornherein Gewißheit besteht.

Vielleicht führt der folgende Erklärungsversuch zum Ziele.

Resolutivbedingung und Endtermin sind auch nach römischer Auffassung von ganz verschiedener juristischer Konstruktion. Der Endtermin ist nur ein qualifizierender Bestandteil der Willenserklärung, der er hinzugefügt ist. Er „inhäriert" ihr. Im Gegensatze zum unbefristeten Rechtsgeschäft, dessen Wirkungen zeitlich unbeschränkt eintreten, erzeugt das befristete Rechtsgeschäft nur ein zeitlich beschränktes Recht[3]). Andrerseits ist die Resolutivbedingung nach Ansicht der Quellen kein organischer

[1]) vgl. die bei Windscheid Pand. § 90 Anm. 1 und 4 citierten Stellen. S. auch Arth. Kohler im Arch. f. bürgerl. R. XV. S. 1 ff.

[2]) Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung (1877) S. 113.

[3]) Scheurl a. a. O. S. 63, Czyhlarz a. a. O. S. 7.

Bestandteil der Willenserklärung, der sie hinzugefügt ist. Sie ist vielmehr eine auf Wiederaufhebung der Wirkungen der Hauptwillenserklärung gerichtete Nebenwillenserklärung. Das Hauptgeschäft ist ein unbedingtes, ein negotium purum[1]), die Resolutivbedingung wird ausdrücklich als conventio, als ein Nebenvertrag bezeichnet[2]). Oder es heißt von ihr, daß sie post perfectam obligationem ponitur[3]).

Für unsere Frage ergibt sich aus der verschiedenartigen Konstruktion beider Nebenbestimmungen das Folgende: die auflösend befristete Tradition erzeugt beschränktes Eigentum, die auflösend bedingte degegen unbeschränktes Eigentum unter der Vereinbarung der Rückübertragung bezw. des Rückfalls in eventum. Der Endtermin ist daher mit der Auffassung des Eigentums als „ewiges Recht“ unvereinbar. Die Resolutivbedingung widerspricht ihr nicht. Wir haben oben gesehen, daß das klassische Recht den in einem pactum zum Ausdrucke gebrachten Endtermin gestattete, falls die Tradition selbst nur unbefristet stattfand. Denn dann war wenigstens formell zeitlich unbeschränktes Eigentum übertragen worden. Dies ist auch für die Zulässigkeit der Resolutivbedingung maßgebend. Mag sie auch in bestimmten Fällen sogar dinglich wirken, der formale Grundsatz, daß zeitlich unbeschränktes Eigentum übertragen wird, bleibt unberührt.

Diese Erklärung steht im Einklange mit der in der römischen Rechtsentwickelung ständig zum Ausdrucke gelangenden Tendenz die Form zu wahren, wenn auch in der Sache den Bedürfnissen des Lebens nachgegeben werden mußte.

§ 12.

b) Das Vermächtnis.

Eng verwandt dem soeben behandelten Verbot des Endtermins bei der Eigentumsübertragung unter Lebenden ist dasselbe Verbot beim Eigentumserwerb durch Vermächtnis.

I. In klassischer Zeit bewirkt die Beifügung eines Endtermins beim Vermächtnis nach herrschender Ansicht Nichtigkeit des

[1]) vgl. die ob. S. 13 Anm. 3 cit. Stellen, insbes. l. 2 D. 18, 2: pura emptio, quae sub condicione resolvitur.

[2]) l. 2 § 3 D. 41, 4.

[3]) l. 44 § 2 D. 44, 7.

Legats[1]). Unhaltbar ist die Ansicht von Czyhlarz (a. a. O. S. 18 ff.), nach der die Beifügung eines Endtermins gar keine Wirkung haben, sondern einfach „gestrichen" werden soll. Daß die Nichtigkeit dem favor testamenti widerspricht, ist nicht durchschlagend, und die Stellen, auf die Czyhlarz sich beruft, beweisen weder für noch gegen ihn. Die l. 44 § 1 D. 44, 7 enthält nur das Verbot, ohne sich über die Folgen zu äußern, und die l. 55 D. de leg. I spricht garnicht von der Befristbarkeit des Legats, sondern von der Obligation des Erben die Legate zu erfüllen.

Wir haben aber ein ausdrückliches Zeugnis für die Nichtigkeit in der c. 26 C. 6, 37:

> Imp. Justinianus A. Joanni P. P. Illud quod de legatis vel fideicommissis temporalibus, utpote irritis, a legum conditoribus definitum est, emendare prospeximus, sancientes et talem legatorum vel fideicommissorum speciem valere et firmitatem habere.

Hier wird die Nichtigkeit für das vorjustinianische Recht deutlich bezeugt, und nichts berechtigt uns m. E., wie dies Czyhlarz will, eine historische Ungenauigkeit anzunehmen.

II. Justinian hat in Ausführung seines Grundsatzes, daß Eigentumsübertragungen befristet stattfinden dürfen, in der const. 26, deren erster Satz bereits angegeben worden ist, gestattet, daß Eigentum auch durch Vermächtnis ad tempus übertragen werden könne. Die genannte Constitution fährt fort:

> Cum enim iam constitutum est fieri posse temporales donationes et contractus, consequens est etiam legata vel fideicommissa, quae ad tempus relicta sunt, ad eandem similitudinem confirmari.

[1]) Windscheid, Pand. § 635 Anm. 4 und z. Lehre von der Voraussetzung S. 150, Dernburg, Pand. III § 82 Anm. 7, Schulin a. a. O. S. 200. Eine indirekte Wirkung nimmt Savigny (System III S. 219) an. Die Stellen die er hierfür anzieht (Anm. f) bezeugen die indirekte Wirkung aber nur für die Obligation (§ 3 J. 3, 15, l. 56 § 4 D. 45, 1). L. 44 § 1 D. 44, 7 stellt Obligation und Legat nur hinsichtlich des Verbots der Zeitbestimmung gleich: ad tempus obligationem constitui non posse, non magis quam legatum. Im folgenden wird aber nur dem Stipulator eine exceptio eingeräumt. Vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 18.

Auch angesichts dieser Bestimmung ist der Streit fortgesetzt worden, ob die hinzugefügte Zeitbestimmung im Justinianischen Recht persönliche oder dingliche Wirkung hat. Es sei in dieser Beziehung auf das im vorigen § Gesagte verwiesen.

III. Der Grund der Unzulässigkeit des Endtermins beim Vermächtnis ist, wie bereits angedeutet worden ist, nicht im Charakter des Vermächtnisrechts zu suchen. Jhering[1]) meint zwar, der Grund läge in dem feiner entwickelten Gefühl der Römer, denen ebenso wie das legatum poenae nomine relictum ein Vermächtnis, welches gleichzeitig gab und nahm, unanständig erschienen wäre. Justinian hätte für so feine Empfindungen kein Verständnis mehr gehabt. Aber abgesehen davon, daß der Legatar beim befristeten Vermächtnis doch immer noch mehr erhält, als wenn ihm gar nichts vermacht wird, ist diese Erklärung gekünstelt und ohne Anhalt in den Quellen. Sie widerspricht auch dem oben (§ 10) entwickelten logischen Grundsatz, daß der Grund für die Unzulässigkeit des Endtermins — abgesehen von formellen Gründen — stets in der Beschaffenheit des zur Bestellung gelangenden Rechts zu suchen ist.

Auch formelle Bedenken können nicht maßgebend gewesen sein. Sie könnten das Verbot wohl beim Vindications- und Damnationslegat erklären. Der Endtermin ist aber auch beim Fideikommiß unzulässig. Auch hatte man dieses Bedenken jedenfalls nach Erlaß des S. C. Neronianum, durch welches der Formalismus der Vermächtnisformen wesentlich gemildert wurde, fallen gelassen.

Auf die richtige Erklärung weist uns Justinian selbst in der oben besprochenen const. 26 hin, wenn er sagt, daß Vermächtnisse auf Zeit nach Analogie der Eigentumsübertragung unter Lebenden zuzulassen seien. Lediglich die Unverträglichkeit des Eigentums mit einem Endtermin ist der Grund — gleichgültig ob es sich um eine Übertragung unter Lebenden oder von Todeswegen handelte. Dagegen könnte eingewendet werden: nur beim Vindicationslegat wird Eigentum übertragen. Das Damnationslegat erzeugt ebenso wie das Fideikommiß nur ein Forderungsrecht. Das ist richtig. Es handelt sich aber um

[1]) Jahrb. X, S. 503.

den endlichen Erfolg nach Erfüllung des Vermächtnisses durch den Erben. Damit ist Eigentum erworben, und dies war unbefristbar.

Unsere Erklärung wird durch Vat. fragm. § 48 und fr. 6 D. 33, 2 bestätigt, wonach der Ususfrukt mit voller Gültigkeit ad tempus legiert werden konnte.

IV. Die herrschende Meinung nimmt auf Grund von l. 44 § 1 D. 44, 7 und l. 55 de leg. I an, daß beim Vermächtnis auch die Resolutivbedingung unzulässig war[1]). Dieses Verbot soll erst Justinian mit der const. 26 beseitigt haben. Die Schriftsteller, die diese Ansicht vertreten, meinen, daß der Ausdruck legata ad tempus relicta auch die Resolutivbedingung einbegreife. M. E. geben die Quellen hierfür keinen Anhalt. Die l. 44 loc. cit. spricht auch nur vom ad tempus bestellten Legat. Und die l. 55 loc. cit. betrifft überhaupt nicht das Recht des Legatars nach Erwerb des Legats, sondern äußert sich nur über die obligatio heredis legatorum nomine.

Angesichts dieses Standes der Quellen steht m. E. der Annahme nichts im Wege, daß die Resolutivbedingung beim Legat ebenso zulässig war wie bei der Tradition.

§ 13.

2. Die Prädialservitut.

Wir gelangen nunmehr zu dem sehr bestrittenen Verbot von Bedingung und Zeitbestimmung bei der Prädialservitut[2]).

I. Vergegenwärtigen wir uns zunächst die Art und Weise, in der die rechtsgeschäftliche Bestellung (constitutio)[3]) dieser Servituten in den verschiedenen Perioden der römischen Rechtsentwickelung vor sich ging. Nach Civilrecht geschah dies durch mancipatio, in iure cessio sowie durch Vorbehalt (deductio) bei der Übereignung durch mancipatio und in iure cessio, außerdem durch

[1]) Windscheid Pand. § 635 Anm. 4, Jhering a. a. O., S. 503 Anm. 133, Czyhlarz a. a. O. S. 83, Dernburg Pand. III § 82.

[2]) Personalservituten unterlagen nicht dem Verbot s. Vat. frgm. §§ 48—50, 52, l. 4 D. 7, 1, c. 5 C. 3, 33 und l. 16 § 2 D. 10, 2 vgl. auch Scheurl a. a. O. S. 65.

[3]) Daneben kamen noch Ersitzung und adiudicatio, unter Umständen auch Erwerb von Rechtswegen in Betracht. Vgl. Dernburg, Pand. III §§ 33, 34.

Vermächtnis. Das Honorarrecht erkannte die in den Provinzen übliche Bestellung durch formlosen Vertrag mit darauf folgender Sicherung durch Stipulation (pactionibus et stipulationibus, Gai. Inst. II § 31) an. Prätorischer Rechtsschutz wurde beim Erwerbe durch Tradition — sie wurde wahrscheinlich in der Einweisung erblickt — gewährt. Der Tradition wurde die Zulassung der tatsächlichen Ausübung (patientia) gleichgeachtet. Das Justinianische Recht gestattete die Bestellung durch formlosen Vertrag (pactiones und traditio bezw. patientia). Daneben war die deductio, die jetzt bei der Tradition stattfand, in Geltung geblieben[1]).

II. Über unser Bedingungsverbot berichtet die l. 4 D. 8, 1 (Papinianus):

> Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub condicione, neque ad certam condicionem (verbi gratia: quamdiu volam) constitui possunt; sed tamen si haec adiiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti. Idque et Sabinum respondisse Cassius rettulit et sibi placere.

Die Stelle besagt:

Servituten dürfen nach Civilrecht weder unter einem Anfangstermin noch unter einem Endtermin, weder unter einer Suspensiv- noch unter einer Resolutivbedingung bestellt werden. Geschieht dies aber doch, so wird gegenüber der ohne Rücksicht auf die Nebenbestimmung erhobenen Klage prätorischer Rechtsschutz durch exceptio doli oder pacti gewährt. Hinsichtlich der Behandlung nach Amtsrecht kann sonach kein Zweifel bestehen[2]).

Wie stand es aber unter der Herrschaft des ius civile? Bedeuten die Worte: Servitutes ipso quidem iure neque ex tempore . . . . constitui possunt: eine so bestellte Servitut ist nichtig? Oder soll nur gesagt werden: die Servitut ist gültig, nur die Nebenbestimmung ist wirkungslos? Beide Ansichten haben Vertreter gefunden[3]). Richtig ist zweifellos die letzte. Denn wozu

---

[1]) Vgl. über die vorstehende Entwicklung Jörs a. a. O. § 36.

[2]) Julian spricht dieselbe Regel für die Bestellung einer Prädialservitut unter einem Endtermin aus in l. 56 § 4 D. 45, 1.

[3]) Für die erste: O. Schönemann, die Servituten S. 151 ff., Schrader, Civilistische Abhandlungen V. S. 326, für die zweite: die herrschende Meinung.

bedürfte es einer exceptio zur Abwehr der Servitutenklage, wenn die Servitut bereits an sich nichtig wäre? Doch soll bereits hier der Vermutung Raum gegeben werden, daß diese Behandlung einer bedingten Servitutenbestellung erst das Produkt späterer Entwickelung ist. Wahrscheinlich war die ad diem oder ad condicionem errichtete Servitut in älterer Zeit ebenso nichtig wie eine Eigentumsübertragung unter diesen Nebenbestimmungen [1]).

III. Im fragm. 4 cit. mißbilligt Papinian die Hinzufügung von Bedingung und Zeitbestimmung bei der Bestellung einer Prädialservitut ganz allgemein, ohne zwischen Suspensiv- und Resolutivbedingung, Anfangs- und Endtermin zu unterscheiden. Im fr. 3 D. 33, 3 erklärt Marcellus dagegen die Bestellung der suspensivbedingten Prädialservitut durch Legat bereits ipso iure für gültig [2]). Wie ist diese Differenz zu erklären?

Hier sollte jedoch nur das Quellenmaterial zusammengestellt werden. Die Frage soll im Interesse der Systematik erst später beantwortet werden.

IV. Wenn wir die in der Literatur vertretenen Ansichten über Ausdehnung und Grund des Bedingungsverbots bei der Prädialservitut überblicken, so sehen wir, daß die überwiegende Mehrzahl der Schriftsteller unter Ignorierung des Ausspruchs des Marcellus der Bedingung und Zeitbestimmung unterschiedslos indirekte Wirkung beilegt — ohne Rücksicht auf die verschiedenen Bestellungsarten und ohne Rücksicht auf Suspensiv- und Resolutivbedingung, Anfangs- und Endtermin. In gleicher Weise wird auch nur ein einziger gemeinsamer Grund für die Unzulässigkeit der auflösenden und aufschiebenden Nebenbestimmungen angegeben.

1. Ausschließlich aus der formalen Natur der mancipatio und in iure cessio, durch die die Prädialservituten im älteren Recht bestellt wurden, sucht Sintenis [3]) das Bedingungsverbot

insbes. Enneccerus a. a. O., S. 63 ff., vergl. dort auch die Angaben über die ältere Literatur.

[1]) Wie bereits erwähnt, gelangt Czyhlarz (a. a. O., S. 18) gerade zu dem umgekehrten Schluß, indem er die Eigentumsübertragung unter einem Endtermin ebenso behandelt wissen will wie die Bestellung einer Prädialservitut in der l. 4 cit. Siehe gegen ihn oben § 11.

[2]) Hinsichtlich der Interpretation dieser Stelle vergl. insbes. Enneccerus a. a. O., S. 67.

[3]) Civilrecht, I § 64, Anm. 16.

zu erklären. Indessen sind mit der Form der genannten Geschäfte, wie oben (§§ 5, 6) nachgewiesen worden ist, nur die Suspensivbedingung und der Anfangstermin unverträglich. Diese Erklärung versagt also, insoweit sie auch die Resolutivbedingung und den Endtermin treffen will. Auch berücksichtigt sie nicht die andern Bestellungsarten der Prädialservitut.

2. Andere erklären die Bestimmung aus der Natur der Servituten, wobei freilich manchmal die diese Natur begründende Eigenschaft gar nicht bezeichnet wird[1]). Soweit aber Gründe angegeben werden, ist deren Zahl auf den ersten Blick eine ganz beträchtliche. Bei näherer Betrachtung ergibt sich freilich, wie derselbe Gedanke, nur verschieden ausgedrückt, immer wiederkehrt, obwohl die einzelnen Schriftsteller einander z. T. heftig befehden.

Die Prädialservitut ist ein auf die Dauer zu begründendes, ein „ewiges“ Recht. Wie die Eigenschaften des Grundstücks stets dieselben bleiben, der Acker denselben Platz behält, die Quelle Wasser und der Wald Schatten spendet, so wollen die Bauern, die eine Prädialservitut errichten, nicht nur, daß zwischen den Begründern das Recht bestehen soll über des Nachbars Feld zu gehen, zu fahren oder das Vieh zur Tränke zu treiben, sondern Kinder und Kindeskinder sollen dasselbe Recht ausüben dürfen. Ist doch die Bewirtschaftung des Gutes in dieser Form ohne die Servitut unmöglich oder doch wenigstens erheblich erschwert. Sie ist bestimmt, die dem Grundstücke fehlenden natürlichen Eigenschaften zu ersetzen. Die Prädialservitut ist eine qualitas fundi (l. 86 D. 50, 16). Dies ist der immer wiederkehrende Grundgedanke[2]).

---

[1]) So z. B. Scheurl a. a. O., S. 310.

[2]) Mag man nun wie Maranus (Paratitla zu l. 4 D. 8, 1 ed. Trotz p. 134 sq.) den Grund in der Regel: „servitus praedio utilis esse debet“ sehen, der die bedingte und betagte Felddienstbarkeit widerspräche, oder wie Zachariae (in Hugos Civilist. Magazin Bd. II. 1797. Wissenschaftliche Entwickelung der Lehre von den dinglichen Servituten § 13 erklären, daß „die Bedingung, von welcher die Ausübung der Servitut ihrer Möglichkeit nach abhänge . . . . immerwährend vorhanden sein müsse“ als Ausfluß der Regel: „Omnes servitutes perpetuas causas habere debent“ (l. 28 D. 8, 1) oder wie Elvers (die römische Servitutenlehre, 1856, S. 180) sagen: Die Servituten seien „Surrogate für die einem Grundstück fehlenden natürlichen

Nur ein Unterschied besteht unter den unten genannten Schriftstellern. Sie sehen nämlich durchgängig mit alleiniger Ausnahme von Czyhlarz in der Natur der Servitut den Grund sowohl für die Unstatthaftigkeit der Resolutivbedingung und des Endtermins als auch der Suspensivbedingung und des Anfangstermins. Dies ist aber nur hinsichtlich der beiden erstgenannten Nebenbestimmungen richtig.

Suspensivbedingung und Anfangstermin schieben den Eintritt einer Rechtswirkung nur hinaus, ohne auf den Inhalt des zur Bestellung gelangenden Rechtsverhältnisses Einfluß zu erlangen. Die aufschiebend bedingte oder befristete Servitut unterscheidet sich von der unbedingten oder unbefristeten lediglich dadurch, daß erstere später zu stande kommt. Der Grund für die Unzulässigkeit der Suspensivbedingung und des Anfangstermins kann nur in dem begründenden Rechtsgeschäft gesucht werden.

Von den zur Bestellung der Prädialservitut geeigneten Rechtsgeschäften sind nun mancipatio und in iure cessio mit Anfangstermin und Suspensivbedingung unvereinbar. Im Charakter dieser beiden Geschäfte liegt daher die Unzulässigkeit der aufschiebenden Nebenbestimmungen begründet. Wir greifen somit auf die von Sintenis gegebene Erklärung zurück, die wir, insoweit sie das Bedingungsverbot überhaupt erklären wollte, zurückgewiesen haben[1]).

In allen andern Fällen der Bestellung einer Prädialservitut sind Suspensivbedingung und Anfangstermin direkt wirksam.

Eigenschaften", die „naturam imitantur," oder wie Vangerow (Pand. 6. Aufl. § 340 Anm. 1), die Bestimmung ergäbe sich aus dem Grundsatze, daß „nur solche Befugnisse als Realservituten konstruiert werden können, welche für jeden Besitzer des herrschenden Grundstücks, als solchen, ein Interesse gewähren können", oder wie Enneccerus, der zu dem Resultate gelangt (a. a. O., S. 72 ff.), daß die Prädialservituten „als durch das Medium der Berechtigung künstlich geschaffene Eigenschaften des Grundstücks" aufzufassen seien, die wie diese jedem Erwerber zu Gute kommen müßten, oder wie Czyhlarz (a. a. O., S. 15), die Prädialservituten könnten deshalb nicht ipso iure bedingt oder betagt begründet werden, „weil sie sogenannte ewige Rechte sind" u. s. w. u. s. w.

[1]) Im Ergebnis übereinstimmend: Jhering, Jhrb. f. Dogm. X S. 536, Czyhlarz a. a. O. S. 15 Anm. 4, Schulin a. a. O. S. 191.

Unsere Erklärung wird durch den Ausspruch des Marcellus in der oben (III) citierten l. 3 D. 33, 3 bestätigt, wonach die durch Vermächtnis unter einer Suspensivbedingung bestellte Prädialservitut voll wirksam ist. Die Bedingung wirkt dort ipso iure. Diese Stelle ist vom Standpunkte derjenigen aus ganz unerklärlich, die auch das Verbot von Suspensivbedingung und Anfangstermin aus der innern Natur der Prädialservitut erklären wollen.

Gegen unsere Erklärung könnte allerdings eingewendet werden, daß Papinian in der l. 4 cit. die Bedingungen nach Civilrecht schlechthin für unzulässig erklärt, ohne zwischen Suspensivbedingung und Anfangstermin einerseits, Resolutivbedingung und Endtermin andrerseits zu unterscheiden. Hierauf ist mit Czyhlarz[1]) zu erwidern, daß Papinian wohl nur die Bestellung der Prädialservituten durch Vertrag vor Augen hat, wie die Erwähnung der pacti exceptio und der Ausdruck „placita“ beweisen.

Im übrigen kann Papinian auch eine kleine Ungenauigkeit untergelaufen sein, vielleicht hat er sogar absichtlich nicht ins Detail gehen wollen. Der Schluß der Stelle lautet: idque et Sabinum respondisse Cassius rettulit et sibi placere. Es handelt sich also nur um einen dem letztgenannten Juristen entnommenen Auszug, bei dessen Mitteilung es Papinian in erster Linie auf die praktische Entscheidung angekommen sein mag. Der erste das Civilrecht betreffende Satz des Fragments ist dagegen nur historisch referierenden Inhalts.

Fassen wir unser Ergebnis zusammen, so gelangen wir zu dem Satze: Die Resolutivbedingung und der Endtermin werden durch den Charakter der Prädialservitut im älteren Recht als einen „ewigen Rechts“, also aus einem materiellen Grunde, die Suspensivbedingung und der Anfangstermin werden durch die Bestellungsart: die mancipatio oder in iure cessio, also aus einem formellen Grunde ausgeschlossen. Die Suspensivbedingung und der Anfangstermin sind daher bei sämtlichen außer den genannten Bestellungsarten zulässig, die Resolutivbedingung und der Endtermin sind immer unzulässig.

---

[1]) a. a. O., S. 14, Anm. 14.

V. Dieses Ergebnis steht im Einklange mit dem analogen bei der Eigentumsübertragung. Nur ein Unterschied besteht. Wie wir oben gesehen haben, gestattet das klassische Recht bei der Eigentumsübertragung die Hinzufügung einer Resolutivbedingung bereits mit direkter Wirkung. Bei der Bestellung einer Prädialservitut vermag die Resolutivbedingung dagegen nur eine indirekte Wirkung zu erzeugen. Diese Inkonsequenz darf nicht Wunder nehmen. Die Fortbildung des Rechts erfolgt nicht nach logischen Grundsätzen, sondern nach praktischen Gesichtspunkten. Der eigentümliche Werdegang des römischen Rechts brachte es mit sich, daß häufig in ganz unsystematischer Weise bald hier, bald dort ein Stück angeflickt wurde, wie das Bedürfnis des Verkehrs es gerade mit sich brachte. Es leuchtet nun aber ein, daß bei der Eigentumsübertragung, deren obligatorische Basis in der Mehrzahl der Fälle der Kauf, das Verkehrsgeschäft κατ' ἐξοχήν, ist, das Bedürfnis nach einer Resolutivbedingung mit direkter Wirkung sich früher und stärker geltend machen mußte als bei der Prädialservitut, die bäuerlichen Verhältnissen dienend sich fernab vom städtischen Verkehr entwickelte.

§ 14.

3. Die verborum obligatio.

I. Über die Behandlung des Endtermins bei der Verbalobligation berichtet uns l. 44 § 1 D. 44, 7 (Paulus):

> Placet autem ad tempus obligationem constitui non posse non magis quam legatum; nam quod alicui deberi coepit, certis modis desinit deberi. Plane post tempus stipulator vel pacti conventi vel doli mali exceptione summoveri poterit.

Denselben Rechtssatz wiederholen l. 56 § 4 D. 45, 1 (Julianus) und § 3 J. 3, 15.

Die Verbalobligation unter einem Endtermin wird sonach wie die auflösend befristete Prädialservitutenbestellung behandelt. Die Obligation kommt ipso iure unbefristet zu stande. Wird aber ohne Rücksicht auf den bereits eingetretenen Endtermin Klage erhoben, so gewährt eine exceptio pacti Schutz. Die

Quellen schweigen darüber, ob der Promissor nach Eintritt des Endtermins auch aktiv mit einer Klage vorgehen kann. Wahrscheinlich wird ihm eine condictio sine causa auf Befreiung zugestanden worden sein[1]).

II. In gleicher Weise wie der Endtermin wird die Resolutivbedingung bei der Verbalobligation behandelt. Dies beweist l. 44 § 2 D. 47, 2 (Paulus):

> Condicio vero efficax est, quae in constituenda obligatione inseritur, non quae post perfectam eam ponitur, veluti certum dare spondes, nisi navis ex Asia venerit? Sed hoc casu existente condicione locus erit exceptioni pacti conventi vel doli mali.

Der Zusammenhang ergibt, daß es sich hier um den Gegensatz zwischen Suspensiv- und Resolutivbedingung handelt. Auch spricht die Form: „nisi" und die dem Endtermin analoge Behandlung dafür, daß mit der condicio, quae post perfectam obligationem ponitur, die Resolutivbedingung gemeint ist[2]).

III. Eine direkte Wirkung des Endtermins oder der Resolutivbedingung bei der Verbalobligation ist auch im Justinianischen Recht nicht nachweisbar.

IV. Paulus spricht in dem oben citierten § 1 des Fragments 44 (44, 7) ganz allgemein den Satz aus: ad tempus obligationem constitui non posse, ebenso wie es im § 3 J. 3, 15 heißt: ad tempus deberi non potest. Hieraus könnte gefolgert werden, daß die indirekte Wirkung von Endtermin und Resolutivbedingung für alle Arten der Obligation gelten solle. Ein derartiger Schluß wäre irrig. Ganz abgesehen davon, daß die Befristung ein Essentiale des Inhalts bestimmter Obligationen ist (z. B. Pacht, Miete)[3])

---

[1]) Windscheid, Lehre von der Voraussetzung, S. 150, Czyhlarz a. a. O., S. 14, a. A. Schulin a. a. O., S. 80.

[2]) Die im Text vorgetragene Ansicht ist jetzt die herrschende. Vgl. Scheurl a. a. O., S. 120 ff., Czyhlarz a. a. O., S. 76 ff., Schulin a. a. O., S. 76 ff., Arthur Kohler a. a. O., S. 76. Hinsichtlich der älteren Ansichten s. die bei Schulin a. a. O. citierte Literatur.

[3]) Vergl. Karlowa, Rechtsgeschäft. S. 115, Degenkolb, Platzrecht und Miete, S. 197 ff.

berichten uns zahlreiche Stellen von der Zulässigkeit des Endtermins und der Resolutivbedingung bei den Obligationen. Die typischen Erscheinungsformen der Resolutivbedingung: lex commissoria und in diem addictio treten ja beim Kauf auf. Die indirekte Wirkung der fraglichen Nebenbestimmungen ist vielmehr eine Eigentümlichkeit der Verbalobligation. Dies besagen auch die angeführten Stellen, in denen lediglich von der Stipulation insbesondere vom Rentenversprechen gehandelt wird. Nur auf diese Art der Obligation soll, wie der Zusammenhang ergiebt, der Satz: ad tempus obligationem constitui non posse bezogen werden.

V. Der Grund für das ablehnende Verhalten der Verbalobligation sowohl dem Endtermin wie der Resolutivbedingung gegenüber liegt in ihrer Eigenschaft als ewiges Recht in dem charakterisierten Sinne. Die Stipulation ist das typische Negotium stricti iuris. Was versprochen wird, wird geschuldet. Nicht mehr und nicht weniger. In ihr konzentriert sich die strenge römische Auffassung von der Obligation als eines iuris vinculum. Die Verbalobligation in ihrer Stellung zu den übrigen Obligationen ist das Gegenstück zum Eigentum im Verhältnis zu den dinglichen Rechten. Beide werden daher analog behandelt. Mit dieser Anschauung erschien es unvereinbar die Wirkung der Stipulation von vornherein von einem zukünftigen Umstande abhängig zu machen. Waren Rede und Gegenrede gewechselt, so war die Obligation perfekt, nur ein neues Geschäft konnte sie auflösen. Diese Anschauung tritt auch noch bei Paulus im fragm. 44 § 2 zu Tage, wenn er die Resolutivbedingung als solche bezeichnet, quae post perfectam obligationem ponitur[1]).

§ 15.

β) Erbrechtliche Geschäfte.

1. Hereditatis aditio.

Sehr bestritten ist wieder der Grund der Unzulässigkeit von Bedingung und Zeitbestimmung bei der hereditatis aditio. Auch hier hat man formelle wie materielle Gründe angegeben.

---

[1]) Ähnlich Karlowa, Rechtsgeschäft, S. 98, 115, Mitteis, Zeitschrift d. Sav.-Stiftg. (Rom. Abtlg.) 22, S. 135.

Nach Hölder[1]) liegt der Grund des Verbots darin, daß das Angebot der Erbschaft (delata hereditas) — gleich der Annahme der Offerte — nur so angenommen werden kann, wie es gemacht ist. Durch eine (aufschiebend) bedingte oder befristete Antrittserklärung wird aber die Erbschaft nicht anders angenommen, als sie deferiert ist. Der Antritt wird nur hinausgeschoben, defiziert die Bedingung, so ist der Erfolg derselbe wie bei der Ausschlagung. Im übrigen sind aber der Erbschaftsantritt und die Annahme eines Vertragsantrages ihrer wirtschaftlichen wie juristischen Bedeutung nach zu heterogene Dinge, um sich vergleichen zu lassen.

Andere[2]) meinen, daß der Akt der Erbschaftsantretung „einen auf sorgfältiger Überlegung beruhenden, entschiedenen Willen erfordere und ein leichtsinniger Erbschaftsantritt möglichst verhindert werden solle.“ Wäre dies wirklich der Grund, so würde durch das Bedingungsverbot gerade das Gegenteil erreicht werden[3]). Wenn aus irgend welchen Gründen z. B. Verdacht der Überschuldung des Nachlasses die Setzung einer Bedingung geboten wäre, so würde der Erbe durch das Verbot befristeter oder bedingter Annahme gezwungen werden auf gut Glück also gerade leichtsinnig anzutreten[4]).

M. E. ist der zweite der von Enneccerus (a. a. O. S. 54) angeführten Grunde zutreffend. Danach beruht das Verbot auf der „außerordentlichen ökonomischen Wichtigkeit“ des Erbschaftsantritts. Eine ganze Schar von Personen: Nachlaßgläubiger, Schuldner und Legatare haben das lebhafteste Interesse an einer baldigen und bestimmten Entscheidung darüber, wer Erbe ist. Eine bedingte oder befristete Erklärung kann diesen Zweck nicht erreichen. Schwerlich dürfte Hölders[5]) Einwand gerechtfertigt sein, daß im römischen Erbrecht für so praktische Erwägungen nicht Raum gewesen wäre.

---

[1]) Krit. Viertelsjahrsschr., Bd. XVI, S. 239.

[2]) Fitting (a. a. O., S. 346), Enneccerus (a. a. O., S. 55), Scheurl (a. a. O., S. 303).

[3]) Vgl. oben § 8.

[4]) Ähnlich Hölder a. a. O., S. 239.

[5]) a. a. O.

§ 16.

2. Die servi optio.

Nahe dem soeben behandelten steht das Bedingungsverbot bei der servi optio, dem Wahlrecht desjenigen, dem Sklaven alternativ oder generisch legiert sind.

Hölder[1]) gibt hier dieselbe Erklärung wie bei der hereditatis aditio. Es sei deshalb auf das oben Gesagte verwiesen[2]).

Auch Windscheid's Begründung des Verbots befriedigt nicht[3]). Für das ältere Recht nimmt er an, daß bei einer bedingten Wahl der Untergang des Vermächtnisses durch Tod des Legatars vor Eintritt der Bedingung nicht ausgeschlossen war; für das Justianische Recht (§ 23 J. 2, 20, vgl. a. l. 3 C. 6, 43), in dem auch das Optionslegat transmittierte, ist er sich selbst im Unklaren.

Enneccerus[4]) meint beim Optionslegat sei jeder Gegenstand unter der Bedingung legiert, daß der Legatar ihn wählen würde (l. 3 D. 40, 9 und § 23 J. cit). Da Bedingungen nur so erfüllt werden könnten, wie der Testator sie wollte und dieser „zweifellos nur an eine einfache unklausulierte Auswahl gedacht" hätte, so sei die unter einer Bedingung erfolgende Willenserklärung nichtig. Es ist aber nicht angängig dem Erblasser, ohne daß er sich hierüber geäußert hat, ein Interesse an einer unbedingten Wahl unterzulegen und auf Grund dieses fingierten Interesses das Bedingungsverbot zu interpretieren.

Fitting[5]) meint, dieses Interesse bestünde darin, daß das Legat auf den Willen des Legatars gestellt sei; im Falle dieser aber eine Bedingung setze, so bewirke ein von außen kommender Umstand die Entscheidung. Damit wird dem Erblasser doch ein selbst für das römische Erbrecht zu pedantischer Gedanke zu-

---

[1]) a. a. O., S. 238.

[2]) Ebenso hinsichtlich Scheurl's (a. a. O., S. 303), der den Grund wieder in dem Erfordernis besonders gründlicher Überlegung suchen will. Bernstein (Ztschr. d. Sav.-Stftg., Rom. Abtlg., Bd. 1, S. 191) sieht den Grund des Verbots ähnlich wie Hölder darin, daß die optio die Natur der Acceptation hat.

[3]) Pand. § 95, Anm. 2.

[4]) a. a. O., S. 42.

[5]) a. a. O., S. 346.

gemutet. Der Testator verfolgt doch den Zweck dem Legatar einen Vermögensvorteil zuzuwenden und zwar unter besonders günstigen Umständen, indem er ihm die Wahl läßt. Glaubt nun der Legatar diese Wahl noch günstiger gestalten zu können, indem er sie bedingt oder befristet, so kann doch der Erblasser nichts dawider haben.

Am einfachsten läßt sich das Verbot — ähnlich wie dies oben bei der hereditatis aditio geschehen ist — aus dem Interesse des Erklärungsempfängers, d. h. des Erben an einer möglichst schleunigen und sicheren Entscheidung erklären[1]). Man denke sich nur mehrere Wahllegate, bei denen die Legatare ihre Wahl willkürlich bedingen und befristen, und es erhellt, daß dem Erben, den die Nachlaßgläubiger von allen Seiten bedrängen, eine Regulierung wesentlich erschwert, ja unmöglich gemacht wird.

§ 17.

3. Die institutio heredis.

In diesen Zusammenhang gehört wohl auch die Erbeinsetzung. Sie verträgt keine auflösende Bedingung und überhaupt keine zeitlichen Beschränkungen[2]). Eine Ausnahme von dieser Regel gilt nur für die Soldatentestamente.

I. Die Unzulässigkeit der Resolutivbedingung ist nicht ausdrücklich ausgesprochen. Sie ergibt sich aber einmal daraus, daß l. 15 D. 29, 1 ihre Statthaftigkeit besonders hervorhebt und ferner aus der analogen Bestimmung für den Endtermin (§ 9 J. 2, 14, l. 34 D. 28, 5)[3]).

Begründet wird diese Bestimmung durch den Fundamentalsatz des römischen Erbrechts: Semel heres semper heres. Es erschien undenkbar: „ut qui semel heres exstitit, desinat heres esse" (l. 88 D. 28, 5). Konnte der Testator auch bei Lebzeiten sein Testament widerrufen (§ 7 J. 2, 17, l. 36 § 3 D. 29, 1, l. 22

---

[1]) So Franz Leonhard, Jhbchr. f. Dogm., Bd. 41, S. 58.

[2]) Suspensivbedingte Erbeseinsetzungen sind gültig. Heres et pure et sub condicione institui potest (§ 9, J. 2, 14). Die Folge ist eine suspensiv bedingte Delation (Windscheid, § 554, Not. 1). Ein besonderer Anwendungsfall der suspensivbedingten Erbeinsetzung ist die Substitution.

[3]) Windscheid, Pand. § 554, Anm. 18, Dernburg, ebda. III, § 82.

D. 34, 4), so war doch die wirksam gewordene Erbeinsetzung seinem Einflusse entzogen[1]).

II. Die Hinzufügung einer Resolutivbedingung ist aber nur insoweit verboten, als sie mit dem Satze: semel heres semper heres kollidiert. So weit dies nicht der Fall ist, kann das Dogma, daß die Resolutivbedingung bei der Erbeinsetzung stets unzulässig sei[2]), keine Geltung beanspruchen. Die Erbeinsetzung allein macht noch nicht zum Erben (ausgenommen die sui heredes), sie deferiert nur die Erbschaft. Zum Erbschaftserwerb ist noch der Antritt erforderlich. Wenn daher die Resolutivbedingung, welche die Delation auflösend bedingt, in der Zeit vor dem Erbschaftsantritte eintritt, ist sie wirksam und vernichtet die bereits erfolgte Delation. Daß eine solche resolutivbedingte Delation ein wirkliches Bedürfnis befriedigen konnte, zeigt der von Eisele[3]) angegebene Fall, wo jemand seinen Freund zum Erben einsetzt (d. h. ihm resolutivbedingt deferiert), ausgenommen den Fall, daß sein Bruder, der verschollen ist (vor der Acquisition) zurückkehrt.

Freilich ist der Erbschaftsantritt erst einmal erfolgt, ist der bis dahin nur Berufene Erbe geworden, so ist die Kraft der Resolutivbedingung gebrochen; denn dann kollidiert sie wieder mit dem stärkeren Satze semel heres semper heres[4]).

III. Über den Grund des Satzes semel heres, semper heres sind wir ohne Nachricht. Möglicherweise sind sakrale Rücksichten maßgebend gewesen. Es ist aber kaum anzunehmen, daß sich das Verbot dann noch bis ins Justinianische Recht erhalten hätte. Mit mehr Wahrscheinlichkeit darf man den Grund in wirtschaftlichen Erwägungen suchen. Ich möchte mich Leonhard[5]) anschließen, welcher annimmt, daß das Interesse der Nachlaßgläubiger ausschlaggebend gewesen ist. Die Bestimmung würde dann mit dem Bedingungsverbot bei der hereditatis aditio korrespondieren.

---

[1]) Czyhlarz a. a. O., S. 81.

[2]) So Arndts, Pand. § 68, Anm. 3, Keller ebda., § 491, Vangerow ebda., § 334, Anm. 1 unter I, 1.

[3]) Jahrbücher f. Dogmatik, Bd. 23, S. 138 ff.

[4]) Darauf hat zuerst — aber nur beiläufig — Thibaut (Civ. Arch. 5, S. 319) hingewiesen. Eingehend begründet hat den Gedanken erst Eisele (a. a. O., S. 132 ff.).

[5]) Institutionen, S. 343.

IV. Auch die Folgen einer der Erbeinsetzung verbotswidrig hinzugefügten Resolutivbedingung haben im Römischen Recht, soweit es uns überliefert ist, keine ausdrückliche Regelung gefunden. Ihre Behandlung ist daher bestritten. Nach herrschender Ansicht gilt die Resolutivbedingung als nicht geschrieben[1]). Das Recht der Kaiserzeit gab dem Erblasser aber in dem Universalfideikommiß ein Mittel praktisch den Erfolg einer auflösend befristeten oder bedingten Erbeinsetzung zu erreichen. Dies mußte aber ausdrücklich angeordnet werden.

Für das moderne gemeine Recht ist die Ansicht Windscheids[2]) maßgebend. Er will jede resolutivbedingte Erbeseinsetzung als Universalfideikommiß aufrecht erhalten, wenn nur kein Zweifel darüber besteht, an wen die Erbschaft mit Eintritt der Bedingung fallen soll Heute allgemein aufgegeben ist die von Wening-Ingenheim[3]) zuerst aufgestellte und nach ihm von Zimmern[4]) und M. S. Mayer[5]) verteidigte Meinung, daß dem wahren Willen des Erblassers dadurch am besten Rechnung getragen würde, wenn die auflösende Bedingung in eine aufschiebende entgegengesetzten Inhalts umgewandelt würde. Eine Vorschrift, die dies bestätigen könnte, existiert nicht. Wie insbesondere Thibaut[6]) sowie Vangerow[7]) nachgewiesen haben, wird auch die Umkehrung in die entgegengesetzte Suspensivbedingung dem wahren Willen des Testators in der Mehrzahl der Fälle nicht entsprechen. Denn bei der Umkehrung der Bedingung erhält der Erbe den Nachlaß vor Eintritt der Suspensivbedingung noch nicht, während er ihn bei der Einsetzung unter einer Resolutivbedingung sofort erhalten und gebrauchen soll.

Freilich wird unter Umständen eine derartige Umwandlung vorzunehmen sein, wenn angenommen werden muß, daß der Erblasser gar keine resolutiv bedingte Erbeinsetzung, sondern eine suspensiv bedingte gemeint und sich nur unrichtig ausgedrückt

---

[1]) Vangerow, Pand. § 434, Anm. 1, Czyhlarz, S. 81.
[2]) Pand. § 554, Ziff. 4, vgl. a. Koeppen, Erbrecht § 78.
[3]) Arch. f. d. civ. Praxis, Bd. 1, S. 137 ff (1818).
[4]) ebda. Bd. 7, S. 125 ff.
[5]) Erbrecht (1840), § 20, Note 5.
[6]) Arch. f. d. civ. Pr., Bd. 5, S. 317 ff. und Bd. 7, S. 363 ff.
[7]) Pand. § 434, Anm. 1, I.

hat. Einen Fall dieser Art gibt Wening[1]) an. Es hatte jemand folgendermaßen verfügt: „ich setze meinen Vetter S. zum Universalerben ein, jedoch nur bedingt bis zum Ausgange des über meinen Bruder verhängten peinlichen Prozesses, welcher, wenn er für unschuldig erklärt wird, mein ganzes Vermögen als einziger Erbe haben, dagegen dem S. ein Legat von 20000 Fl. hinausbezahlen soll.“ Die Bedingung trat ein, der Schuldige wurde entdeckt und der Bruder freigesprochen. Wenn hier alle Instanzen gemäß der Regel, daß bei Erbeinsetzungen die Resolutivbedingung zu streichen sei, die Erbschaftsklage abwiesen, so lag zweifellos ein Rechtsirrtum vor. Damit ist aber nicht die Unrichtigkeit dieses Satzes bewiesen, sondern nur seine falsche Anwendung in diesem Falle[2]).

V. Was das Verbot auch der Zeitbestimmung bei der Erbeinsetzung anlangt, so gilt von dem Endtermin dasselbe wie von der auflösenden Bedingung[3]).

Dagegen ist der Grund des Verbots des Anfangstermins wieder bestritten. Die Quellen geben nur die Wirkung der Befristung an. Sie gilt als nicht geschrieben: diemque adiectum haberi pro supervacuo placet et perinde esse ac si pure heres institutus esset (§ 9 J. 2, 14)[4]).

Die verschiedenen Meinungen über den Grund dieses Verbots lassen sich in zwei Gruppen zusammenfassen. Nach der einen Ansicht liegt er im Wesen der römischen Erbfolge, nach der andern sind Zweckmäßigkeitserwägungen maßgebend. Vertreter der erstgenannten Meinung sind Savigny[5]), Mühlenbruch[6]) und Puchta[7]). Sie stehen auf dem Standpunkte, daß die Vererbung nur zur Zeit des Todes des Erblassers stattfinden könne, „in dem Wesen des Erbrechts läge eine unmittelbare Anknüpfung der erbrechtlichen Repräsentation an den Tod des Erblassers.“ Ebenso meint Scheurl[8]), die aufschiebende Befristung

[1]) a. a. O., S. 137.
[2]) Vgl. Eisele a. a. O., S. 146.
[3]) Windscheid, § 555, Koeppen, Erbrecht § 78.
[4]) Siehe l. 34 aber auch l. 23 pr. D. 28, 5.
[5]) System III, S. 211.
[6]) bei Glück 40, S. 188.
[7]) Pand. § 475.
[8]) a. a. O., S. 37 ff.

würde einen Aufschub des Erbseins zur Folge haben und „daß die Erbschaft oder ein bestimmter Teil eine Zeitlang erblos bleiben solle“, wäre „ein absurder Wille.“ Indessen tritt dieselbe Wirkung im Falle verzögerter Acquisition ein[1]) sowie bei der ja ausdrücklich zugelassenen Einsetzung unter einer Suspensivbedingung.

Auch die Erklärung Steinlechners[2]), daß „im Falle des Anfangstermins eine Erbfolge überhaupt noch nicht eröffnet sei“ und daß demnach „in der hereditas iacens ein Stadium vorläge, welches die Verbindung des Erben mit dem Erblasser definitiv aufheben würde“, läuft im Grunde auf die von ihm abgelehnte Ansicht der Vorgenannten hinaus[3]).

Nach der andern Meinung, nach der die Bestimmung aus Zweckmäßigkeitserwägungen zu erklären ist, ist insbesondere das Interesse der Erbschaftsgläubiger maßgebend. Ein „gerechtfertigtes Interesse läge nicht vor, sondern nur die chikanöse Absicht die Befriedigung der Erbschaftsgläubiger hinauszuschieben“[4]).

Ich möchte mich der letztgenannten Ansicht anschließen, glaube aber nicht, daß sie sich von der zuerst angeführten so erheblich unterscheidet, wie es gewöhnlich dargestellt wird[5]). Im Wesen des römischen Erbfolgerechts lag es allerdings Stadien zu verhüten, in denen kein Nachlaßrepräsentant vorhanden war[6]), der tiefere Grund hierfür ist aber gerade das unter allen Umständen zu wahrende Interesse der Nachlaßgläubiger.

§ 18.

4. Die Einsetzung und Enterbung des Noterben.

Der Noterbe darf auch nicht unter einer Suspensivbedingung eingesetzt werden[7]).

---

[1]) Steinlechner, das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge I (1893), S. 296. Anm. 2.

[2]) a. a. O., S. 342.

[3]) Vgl. dazu Dernburg, Pand. III § 82, Anm. 1.

[4]) Koeppen, Erbrecht § 78 (S. 505), Windscheid, § 555, Anm. 3.

[5]) Steinlechner a. a. O., Windscheid a. a. O.

[6]) Diesem Zwecke dienen z. B. Institute wie die interrogatio in iure, an heres sit und die usucapio pro herede, vergl. Jhering, Scherz und Ernst, S. 137 ff.

[7]) Resolutivbedingung und Zeitbestimmungen sind bei allen Erbeinsetzungen unstatthaft. Vgl. Francke, das Recht der Noterben und Pflicht-

Die Darstellung dieses Bedingungsverbots ist bei der Kompliziertheit des römischen Noterbrechts nicht leicht, umsomehr als die Gründe für dieses Verbot und die Behandlung, die einer verbotswidrig hinzugefügten Suspensivbedingung zu Teil wurden, auf den einzelnen Stufen der Rechtsentwickelung erheblichen Änderungen unterworfen waren. Das fragliche Bedingungsverbot soll deshalb für das formelle sowie das materielle Noterbrecht getrennt behandelt werden. Auch innerhalb dieser Gebiete wird wieder zwischen den einzelnen Perioden unterschieden werden.

I. Formelles Noterbrecht.

a) Im formellen Noterbrecht des ius civile erfahren die filii sui, die übrigen beim Tode des Erblassers vorhandenen sui und die postumi sui eine verschiedenartige Behandlung und zwar auch hinsichtlich der Zulässigkeit der Suspensivbedingung.

1. Hinsichtlich des Haussohnes gilt der Grundsatz, daß seine Einsetzung unter einer Suspensivbedingung Präterition bewirkt. Indessen wird eine doppelte Ausnahme zugelassen:

1) in betreff der kasuellen Bedingung dann, wenn für den Fall der Defizienz Enterbung verfügt ist und wenn die Entscheidung noch bei Lebzeiten des Sohnes eintritt[1]);

2) stets in betreff der Potestativbedingung[2]).

Die Erklärung des Grundsatzes und der Ausnahme zu 1 ergibt sich aus dem weiteren Satze des formellen Noterbrechts, daß der filius suus auf keinen Fall präteriert werden darf. Ist nun der Haussohn unter einer (kasuellen) Bedingung eingesetzt, so ist für den Fall dieselbe defiziert, nichts bestimmt. Er ist also präteriert. Ist er hingegen für den entgegengesetzten Fall enterbt, so ist er in keinem Falle präteriert[3]).

Aus demselben Grundsatze folgt auch die weitere Bestimmung, daß sich die Bedingung bei Lebzeiten des Sohnes entscheiden

---

teilsberechtigten (1831), S. 45. Ad. Schmidt, das formelle Recht der Noterben (1862), S. 41.

[1]) l. 11 D. 28, 7, l. 86 pr. D. 28, 5, l. 20 § 4 D. 38, 2, l. 4 C. 6, 26, vgl. a. l. 28 pr. D. 28, 2.

[2]) l. 4—6 pr. D. 28, 5, l. 28 D. 28, 7, l. 83 D. 35, 1, l. 4 C. 6, 26.

[3]) So Ad. Schmidt a. a. O., S. 42, Schröder, das Noterbenrecht, Bd. I (1877), S. 64, ähnlich Scheurl a. a. O., S. 312 ff.

muß; denn stirbt der Erbe pendente condicione, so war er doch Zeit seines Lebens — und auf diese Zeit kommt es gerade an — tatsächlich präteriert (vgl. l. 28 pr. D. 28, 2, Tryphonius).

Wie ist es nun zu erklären, daß die Potestativbedingung stets zulässig ist? So z. B. l. 86 D. 28, 4 (Marcellus):

> . . . negatamque hoc casu necesse esse sub contraria condicione filium exheredare . . .

Am nächsten liegt der Gedanke, daß die Einsetzung unter einer Potestativbedingung einer unbedingten gleich zu achten sei. Steht die Handlung im freien Belieben des Eingesetzten, so kann er das formale Hindernis, das seiner Berufung im Wege steht, jeden Augenblick selbst beseitigen. Eine Präterition kann hier somit nicht vorliegen[1]). Dies scheinen die Quellen zu bezeugen: l. 1 § 8 D. 29, 4 (Ulpian)

> . . . quia condicionalis institutio pro pura debet haberi . . .

und l. 13 D. 37, 5 (Tryphonius):

> . . . nam si eam, quae in ipsius potestate fuit, non implevit, pro eo habendus est, qui noluit adire hereditatem.

Gegen diese Erklärung sind Scheurl (a. a. O., S. 318 ff.) und Schröder (a. a. O., S. 65 ff.) aufgetreten. Sie meinen, aus den citierten Stellen ginge nicht hervor, daß eine Einsetzung unter einer Potestativbedingung einer unbedingten überhaupt gleichzusetzen sei. Vielmehr würde in der l. 1 § 8 cit. nur der durch Nichterfüllung der Potestativbedingung seitens des eingesetzten Erben, der gleichzeitig gesetzlicher Erbe ist, herbeigeführte Erfolg — nämlich Haftung gemäß dem Edictum si quis omissa causa testamenti — demselben Erfolge gleichgesetzt, der durch Ausschlagung der Erbschaft aus dem Testamente seitens eines unbedingt berufenen gesetzlichen Erben erzielt werde. Ebenso würde in der l. 13 cit. der durch Nichterfüllung der Potestativbedingung seitens des Institutus erzielte Erfolg: nämlich Haftung des Substitutus gegenüber den Legataren, demselben Erfolge gleichgestellt, der durch Nichtantritt seitens eines unbedingt Eingesetzten erzielt sei. Infolgedessen sehen die angeführten Schriftsteller in den beiden Stellen nur zwei singuläre Vergleichungen,

[1]) Ad. Schmidt a. a. O., S. 43.

nicht Ausflüsse eines Prinzips, gemäß dessen unbedingte und potestativ bedingte Einsetzung einander gleich zu setzen seien. Dazu träte noch die Erwägung, daß falls ein potestativ Eingesetzter vor Erfüllung der Bedingung stürbe, die Erbschaft nicht auf seine Erben übergehe (l. 69, 86 § 1 D. 28, 5, l. 12 D. 28, 7).

M. E. wird durch diese Ausführungen die Begründung der Zulässigkeit der Potestativbedingung mit der engen Verwandtschaft einer unbedingten und einer in das freie Belieben gestellten Einsetzung nicht widerlegt. Die Stellen, in denen ein Vergleich vorgenommen wird, haben allerdings „nur den Erfolg" im Auge. Aber gerade der Erfolg ist bei der Frage nach dem Grunde einer Rechtsregel in erster Linie zu berücksichtigen. Daß eine unbedingte und eine potestativ bedingte Erbeinsetzung auch im übrigen gleichbedeutend seien, wird damit nicht gesagt.

Auch das zweite Gegenargument läßt sich mit dem angegriffenen Grundsatze wohl vereinigen, ja ist sogar eher ein Beweis für seine Richtigkeit. Man war von der Gleichwertigkeit einer Einsetzung unter einer Potestativbedingung und einer unbedingten so überzeugt, daß dabei der kleine Unterschied der Nichtvererblichkeit vor Erfüllung der Bedingung gar nicht in Betracht kam. Der Eingesetzte brauchte sich ja nur mit der Erfüllung der Bedingung zu beeilen und die Gefahr der Unvererblichkeit wurde eine minimale. Jedenfalls müssen wir an unserer Erklärung festhalten, bis eine bessere gegeben wird. Das haben aber m. E. weder Scheurl noch Schröder getan.

Ersterer (a. a. O.) geht von der l. 86 pr. D. 28, 5 aus. Dort wird ein suus heres unter der Bedingung „si volet" berufen. Marcellus meint nun die Enterbung unter der entgegengesetzten Bedingung wäre unmöglich,

> quod . . in proposito ne possibilis quidem (sc. condicio) repperiri posset, certe, si verbis exprimeretur, inepta fieret. huic enim condicioni: si volet, heres esto, quae alia verba contraria concipi possunt, quam haec: si nolet heres esse, exheres esto? quod quam sit ridiculum nulli non petet.

Dieser hier als lächerlich bezeichnete Gedanke — das Verlangen einer Enterbung mit umgekehrter Bedingung (si nolet exheres esto) — ist nun nach Scheuerl der Grund dafür, daß man bei „jeder Einsetzung eines filius suus unter irgend einer

potestativen Bedingung die Enterbung unter der entgegengesetzten für überflüssig erachtete."

Gegen Scheurl's Ansicht bringt Schröder (a. a. O.) folgende Gegengründe: einmal seien nicht alle Potestativbedingungen so geartet, daß ihre Umkehrung unverständig erscheinen muß (jedenfalls nicht unverständiger als das Erfordernis der Zufügung der entgegengesetzten Bedingung überhaupt), und ferner sei auch die Regel, welche die Enterbung unter einer (kasuellen) Bedingung mit Hinzufügung der entgegengesetzten gestattet, wahrscheinlich nicht älter als der Satz, der Potestativbedingungen bei der Einsetzung der sui für statthaft erklärte. Der zweite Einwand erscheint mir besonders einleuchtend. Der einfache Satz: die Einsetzung unter einer auf die Willkür des Eingesetzten gestellten Bedingung ist gültig, und die komplizierte Vorschrift: die unter einer kasuellen Bedingung erfolgende Einsetzung ist gültig, falls die entgegengesetzte Bedingung hinzugefügt wird, sind unabhängig von einander entstanden, jedenfalls ist der erste Satz keine Ableitung aus dem zweiten.

Schröders eigene Erklärung geht davon aus, daß die Berufung unter einer potestativen Bedingung älter sei als das beneficium abstinendi. Er glaubt nun, daß in der Form der Einsetzung unter einer potestativen Bedingung „wohl vor dem Eingreifen des Prätors die Jurisprudenz dem Erblasser ein Mittel geschaffen habe, seinen sui die Befreiung vom Erbschaftserwerb zu sichern."

Diese Ansicht erscheint mir nicht bewiesen. Für das Alter der potestativ bedingten Einsetzung ist Schröder maßgeblich, daß „schon Proculus" dieselbe kennt (l. 69 D. 28, 5). Das beneficium abstinendi war aber bereits dem Sabinus bekannt (l. 71 § 9 D. 29, 2). Und nun aus den die Potestativbedingung beim suus heres betreffenden Worten des Proculus (l. 69 cit.): id non frustra adiectum esse et non solum figuram, sed vim quoque condicionis continere, weiter zu schließen, Proculus spiele hiermit darauf an, daß die Potestativbedingung ein Surrogat für das beneficium abstinendi sei, ist eine vage Vermutung. Proculus kann z. B. ebensogut daran gedacht haben, daß die Erbschaft beim Tode des potestativ Eingesetzten vor Erfüllung der Bedingung nicht auf seine Erben übergeht.

Überblicken wir die verschiedenen Versuche die Statthaftigkeit der Potestativbedingung zu deuten, so erscheint immer noch die zuerst erwähnte, von Ad. Schmidt gegebene Erklärung trotz der gegen sie gerichteten Angriffe als die beste — nicht nur weil sie die einfachste ist.

2. Da die übrigen bei Errichtung des Testaments vorhandenen sui (Töchter und Enkel) unter jeder an sich zulässigen Bedingung eingesetzt werden können (l. 4, l. 6 § 1 D. 28, 5: „sub omni condicione institui possunt"), so scheiden diese Fälle hier, wo die Unzulässigkeit der Bedingung geprüft werden soll, aus unsern Betrachtungen aus.

3. Hinsichtlich der postumi sui sei nur bemerkt, daß die zu 1 erwähnten Grundsätze erst für die Zeit nach ihrem Erscheinen auch für sie Geltung haben[1]).

b) Das formelle Noterbrecht des Prätorischen Rechts unterscheidet sich in der Behandlung der Suspensivbedingung erheblich vom Civilrecht. In seinem Bestreben nach Vereinfachung des Noterbrechts und nach Gleichstellung der Noterbberechtigten bestimmte der Prätor, daß inbetreff der Einsetzung unter einer Suspensivbedingung alle Noterbberechtigten gleichmäßig behandelt werden sollten und daß ferner die Tatsache der Einsetzung unter einer solchen Bedingung an und für sich in keinem Falle mehr Präterition bewirken sollte[2]). Entscheidend wurde jetzt die Frage, ob die Bedingung im Augenblicke der Delation defiziert war oder schwebte. Damit ist die Zulässigkeit der Suspensivbedingung grundsätzlich anerkannt.

Völlig unschädlich war sie freilich auch jetzt noch nicht. War nämlich die kasuelle Suspensivbedingung im entscheidenden Zeitpunkte defiziert, ohne daß für den entgegengesetzten Fall eine Exheredation stattgefunden hatte, so war der Betreffende — wie nach ius civile — präteriert (l. 3 § 12 D. 37, 4). War ferner die Bedingung zur Zeit der Delation noch in pendente, so hatte der Noterbberechtigte noch keinen Anspruch auf bonorum possessio contra tabulas, vielmehr erhielt er nur die bonorum possessio secundum tabulas. Auch hier galt er aber als präteriert, wenn

[1]) Vgl. Ad. Schmidt a. a. O., S. 45, Schröder a. a. O., S. 73.
[2]) l. 3 §§ 11—14, l. 18 pr. D. 37, 4, l. 2 § 1 D. 37, 11.

die kasuelle Bedingung nachträglich defizierte, ohne daß für diesen Fall die Exheredation hinzugefügt war[1]).

II. Materielles Noterbrecht.

Nach materiellem Noterbrecht ist die Suspensivbedingung naturgemäß nicht an und für sich, sondern nur insoweit unstatthaft, als sie den Pflichtteil beschränkt. Im vorjustinianischen Recht war die Folge jeder Pflichtteilsverletzung die querella inofficiosi testamenti und zwar ohne Rücksicht darauf, ob dem Noterbberechtigten gar nichts oder nur nicht genug hinterlassen war (l. 6, l. 8 § 1 C. 3, 28).

Justinians im Interesse der Aufrechterhaltung der Testamente getroffene Änderungen des Noterbrechts (l. 30 C. 3, 28) äußerten auch ihre Wirkungen für den Fall der Beschränkung durch Bedingung oder Zeitbestimmung. Im Anschluß an die l. 30 C. cit. bestimmte die l. 32, daß eine Bedingung oder Zeitbestimmung als nicht geschrieben gelten sollte, insoweit sie den Pflichtteil beschränkte (. . . ipsa condicio vel dilatio . . . tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset)[2]).

Auch wenn mehr als der Pflichtteil, aber bedingt oder befristet vermacht ist, bewirkt die Geltendmachung des Ergänzungsanspruchs nicht an und für sich Verlust des Überschusses[3]). Der Pflichtteil ist sofort zu restituieren, der Rest wird aber gemäß der letztwilligen Verfügung behandelt. Dies ergibt sich aus l. 36 § 1 C. 3, 28. Hier ist zwar nur der Fall geregelt, wenn ein extraneus heres mit der Auflage eingesetzt ist, die Erbschaft zu einer späteren Zeit dem Noterbberechtigten herauszugeben. Die hier getroffene Bestimmung bezieht sich aber wie auf jegliche

[1]) Im wesentlichen übereinstimmend: Francke a. a. O., S. 129 ff., Vangerow, Pand. § 469, Anm. B., Schmidt a. a. O., S. 83 ff., Schröder a. a. O., S. 127 ff.

[2]) Dieselbe Bestimmung traf Justinian hinsichtlich des Pflichtteilsrechts des Patrons gegenüber dem Freigelassenen (l. 4 § 17 C. 6,4), während nach prätorischem Recht der Patron, falls die Bedingung noch zur Zeit des Antritts schwebte, bonorum possessio contra tabulas erhielt (l. 3 §§ 11, 12, l. 43 D. 38, 2, vgl. Schröder a. a. O.).

[3]) Der Erblasser kann dies aber anordnen (gemeinrechtlich: cautela Socini) vgl. Windscheid, Pand. § 582, Anm. 4.

so auch auf die durch Bedingung oder Befristung hervorgerufene Beschränkung[1]).

C. Unzulässigkeit aus sonstigen Gründen.

§ 19.

1. Datio cognitoris.

Sub condicione cognitor non recte datur (Vat. fragm. § 329). Über den Grund dieses Bedingungsverbots herrscht Einstimmigkeit. Hier liegt das Interesse des Gegners an einer unbedingten Erklärung klar am Tage.

Auf demselben Grunde beruht auch die Bestellung durch certa et solemnia verba[2]), die auch ihrerseits der Zufügung einer Nebenbestimmung widerstrebten.

Wahrscheinlich war aber der dies certus a quo gestattet, da das Interesse der Gegenpartei durch ihn nicht verletzt wurde[3]).

§ 20.

2. Datio tutoris.

Es sei noch des Bedingungsverbots bei der datio tutoris, der obrigkeitlichen Ernennung eines Vormunds (l. 6 § 1 D. 26, 1, l. 77 D. 50, 17) gedacht, obwohl diese Erklärung — als Verwaltungsakt — nicht unter die Rechtsgeschäfte gehört[4]). Hier erheischte das Interesse des schutzlosen Mündels sofortige Ernennung. Eine betagte oder gar bedingte Ernennung hätte nicht genügt[5]).

Dagegen wäre gegen die Zulässigkeit eines Endtermins nichts einzuwenden.

D. Die Ausdehnung des Bedingungsverbots auf uneigentliche Bedingungen.

§ 21.

I. Es ist noch die Frage zu beantworten, ob auch die sogenannten „uneigentlichen" Bedingungen nach römischem Rechte unter das Bedingungsverbot fallen.

---

[1]) Schröder a. a. O., S. 368 ff. — Über das Verhältnis zwischen den verschiedenen Arten des Noterbrechts vgl. v. Vangerow, Pand. II § 469 B.

[2]) Keller-Wach, § 52, vgl. Gajus IV § 83.

[3]) Enneccerus a. a. O., S. 49.

[4]) Windscheid, Pand. § 95, Anm. 2, Manigk, das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, S. 19.

[5]) Fitting a. a. O., S. 346, Scheurl a. a. O., S. 303, Enneccerus a. a. O., S. 48.

Die uneigentlichen Bedingungen haben nur die Form der Bedingungen. Es fehlt ihnen die Erzeugung des den echten Bedingungen eigentümlichen Schwebezustandes[1]). Diese Pendenz ist nur bei objektiver, nicht bei bloß subjektiver Ungewißheit der Beteiligten vorhanden.

Zu den uneigentlichen Bedingungen gehören: die sogenannten Rechtsbedingungen, die notwendigen und unmöglichen und die auf die Gegenwart oder Vergangenheit gestellten Bedingungen.

1. Die Rechtsbedingungen sind bereits von der Rechtsordnung gesetzt und werden von der Partei nur noch zum Überflusse hinzugefügt. Sie werden in den Quellen condiciones supervacuae genannt (z. B. l. 22 § 1 D. 36, 1) oder condiciones iuris (z. B. l. 21 D. 35, 1) oder condiciones, quae extrinsecus veniunt (d. h. nicht aus der Willenserklärung) oder tacitae oder quae tacite inesse videantur (z. B. l. 99 D. h. t.)

Demzufolge werden Geschäfte, denen condiciones iuris beigefügt sind, auch wie unbedingte behandelt. Vgl. l. 99 cit.:

Condiciones extrinsecus, non ex testamento venientes . . . non faciunt legata condicionalia,

oder l. 12 D. 35, 1: . . . . frustra adduntur.

2. Bei den notwendigen und unmöglichen[2]) Bedingungen muß der Umstand, auf den sie gestellt sind, notwendigerweise eintreten oder nicht eintreten. Auch sie bedingen nicht die Rechtsgeschäfte, denen sie hinzugefügt sind.

l. 79 pr. D. 35, 1:

Heres meus, cum morietur Titius, centum ei dato. Purum legatum est, quia non condicione, sed mora suspenditur. Non potest enim condicio non existere.

l. 9 § 1 D. 46, 2:

Qui sub condicione stipulatur, quae omnimodo exstatura est, pure videtur stipulari.

---

[1]) So die herrschende Meinung vgl. Windscheid, Pand. § 87, Dernburg, ebda. § 107 und die dort Citierten.

[2]) Letztere scheiden aus unsern Betrachtungen aus, weil ihre Hinzufügung wegen der ihnen innewohnenden Natur bei allen Rechtsgeschäften unzulässig ist. Vgl. ob. § 1.

3. Das Gleiche gilt von den auf die Gegenwart und die Vergangenheit abgestellten Bedingungen z. B. l. 10 § 1 D. 28, 7:

. . . cum nulla sit condicio, quae in praeteritum confertur vel quae in praesens . . . und § 6 J. 3, 15:

. . . Quae enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.

II. Da die unter uneigentlichen Bedingungen vorgenommenen Rechtsgeschäfte als unbedingte betrachtet werden, so würde daraus folgen, daß diejenigen Rechtsgeschäfte, bei denen Bedingungen unstatthaft sind, uneigentliche Bedingungen stets vertragen. Das ist aber nicht der Standpunkt des Römischen Rechts. Vielmehr bestimmt die l. 77 D. 50, 17 in ihrem zweiten Satze mit Bezug auf die condiciones iuris: Nonnunquam tamen actus suprascripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium afferunt . . . . Und die l. 51 § 2 D. 29, 2 sagt im Hinblick auf eine condicio in praesens relata: Sed si quis ita dixerit, si solvendo hereditas est, adeo hereditatem, nulla aditio est.

Wie sind diese Stellen zu erklären?

III. Die gemeinrechtlichen Erklärungsversuche gehen fast ausschließlich vom Begriffe der Bedingung aus. In erster Linie ist Savigny[1]) zu nennen. Er folgerte richtig: dem Begriff der eigentlichen Bedingung ist die objektive Ungewißheit essentiell; diese fehlt der uneigentlichen Bedingung. Folglich könne sich das Bedingungsverbot auf die uneigentliche Bedingung nicht erstrecken. Täte das römische Recht dies trotzdem bei den condiciones iuris[2]) — die l. 51 § 2 cit. ignoriert Savigny — so geschähe dies auf Grund der „ganz positiven Regel“: Expressa nocent, non expressa non nocent (l. 195 D. 50, 17, l. 68 D. 28, 5, l. 47 D. 35, 1). Savigny glaubt, daß sich das Verbot der Hinzufügung der condicio iuris auf sämtliche in der l. 77 D. 50, 17

[1]) System, Bd. III § 116.

[2]) Savigny macht noch eine weitere Ausnahme für diejenigen condiciones in praeteritum relatae, die ohne Wissen des Urhebers bereits in Erfüllung gegangen waren. Dies schließt er aus l. 10 § 1, l. 11 pr. D. 35, 1 (System III § 121, S. 161). Sintenis (Civilrecht I § 20, Anm. 12) folgert aus diesen Stellen, daß die „bewußt wirkliche Suspension des Willens das entscheidende Kriterium ist.“

genannten Rechtsgeschäfte erstrecke. Er hält diese Bestimmung „unstreitig für sehr subtil, sie opfere unverkennbar das Wesen der Form“ (a. a. O., S. 125). Derselben Ansicht sind Sintenis[1]) und noch in neuerer Zeit Bekker[2]), der die Behandlung der condiciones iuris für eine „juristische Spitzfindigkeit“ erklärt.

Savignys Erklärung, — die im Grunde keine Erklärung ist — hat lebhaften Widerspruch gefunden. In erster Linie ist Fitting zu nennen[3]). Auch er geht vom Begriffe der Bedingung aus. Nach seiner Meinung ist aber die objektive Ungewißheit keine wesentliche Eigenschaft der Bedingung[4]). Auf diesem Wege gelangt er dazu, den begrifflichen Unterschied zwischen eigentlichen und uneigentlichen Bedingungen überhaupt zu leugnen. Nach ihm liegt eine eigentliche Bedingung vor, „so oft der Verfügende das Ereignis als ein objektiv ungewisses gedacht und ausgedrückt hat“ (a. a. O., S. 321). Nur die condicio in praesens vel in praeteritem relata hält er noch für eine uneigentliche Bedingung (S. 327 ff.). Er definiert die Bedingung — gleich ob eigentliche oder uneigentliche — als die „Abhängigmachung des Willens von der Wahrheit eines äußern Umstandes“ (a. a. O., S. 337). Fittings Ausführungen hat sich Unger[5]) voll angeschlossen. Er geht sogar noch weiter, indem er auch in der condicio in praesens vel in praeteritum relata keine uneigentliche Bedingung mehr erblickt. Es ist klar, daß die Ausdehnung des Bedingungsverbots auch auf die uneigentlichen Bedingungen von diesem Standpunkte aus eines Beweises nicht mehr bedarf.

Fittings und Ungers Ansicht läßt sich indessen nicht aufrecht erhalten. Ihr widerspricht durchaus das Wesen der Bedingung, der es eigentümlich ist, Rechtswirkungen für eine objektiv ungewisse Zukunft zu statuieren. Das „Kriterium der echten Bedingung ist der Zustand der objektiven Unentschlossenheit oder Pendenz, d. h. des Werdens“ [6]). Dies ist auch der

---

[1]) Civilrecht I § 20, Anm. 6.

[2]) Pand. § 115, Beilage III.

[3]) Arch. f. d. civ. Prxs. Bd. 39, S. 305 ff.

[4]) Ähnlich bereits Mühlenbruch, Komment. Tl. 41, S. 69 ff.

[5]) Österreichisches Privatrecht II § 82 insbs. Note 5.

[6]) Vgl. Jhering, Geist des römischen Rechts III, 1 § 53, Windscheid, § 87, Anm. 6, Scheurl, § 25 u. A.

Standpunkt der Quellen. Fitting beruft sich für die Behauptung, daß jede condicio zur echten Bedingung würde, wenn sie nur in dieser Weise ausgesprochen werde, auf l. 19 § 1 D. 35, 1 (Ulpian):

> Haec scriptura: Si Primus heres erit, damnas esto dare, pro condicione non est accipienda: magis enim demonstravit testator, quando legatum debeatur, quam condicionem inseruit, nisi forte hoc animo fuerat testator, ut faceret condicionem.

Fittings Auslegung ist aber nicht zwingend. Bei der Verfügung: Si Primus heres erit, damnas esto dare, ist vielmehr zu ergänzen: „wenn die Erbschaft nicht an den mit oder nach ihm eingesetzten Secundus gelangt“ [1]). Ebensowenig darf sich Fitting auf l. 37 und l. 39 D. 12, 1 berufen. Hier wird die in l. 39 erwähnte auf die Zukunft gestellte Bedingung als echte Bedingung gerade im Gegensatz zu der in l. 37 erwähnten uneigentlichen gestellt, welche keine Pendenz bewirkt [2]).

Der Fittingschen Auffassung ist die Vangerows [3]) verwandt. Er lehnt Fittings weiten Bedingungsbegriff für alle Geschäfte zwar ab, will ihn aber für die bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäfte aufrecht erhalten. Das heißt aber zwei verschiedene Bedingungsbegriffe statuieren: einen für die Geschäfte, die Bedingungen vertragen, und einen für die, die sie nicht vertragen.

Die verfehlten Versuche der genannten Schriftsteller zeigen, daß sich aus dem Begriffe der Bedingung eine befriedigende Erklärung schwerlich ableiten läßt.

IV. Der Grund für die Unzulässigkeit der uneigentlichen Bedingungen ist für die l. 77 D. 50, 17 wie für l. 51 § 2 D. 29, 2 ein verschiedener.

Was zunächst die condiciones iuris anlangt, so sind sie gar nicht immer ausgeschlossen, wie Savigny glaubte, sondern nur in gewissen Fällen (nonnunquam) [4]).

---

[1]) So Windscheid, § 88, Anm. 8 nach dem Vorgange von Scheurl a. a. O., S. 96 und Enneccerus a. a. O., S. 136.

[2]) Enneccerus a. a. O., S. 114 ff., Windscheid, § 87, Note 6.

[3]) Pandekten 7. Afl. § 93, Anm. 1.

[4]) Vgl. hierzu wie zu dem folgenden: Leonhard, Artikel condicio in Pauly's Realencyklopädie.

Der Grund für die Behandlung darf — ebensowenig wie im Begriffe — in der Wirkung der condicio iuris erblickt werden. Ein Rechtsgeschäft, dem eine condicio iuris hinzugefügt wird, unterscheidet sich in seinem Erfolge in keiner Weise von einem unbedingt vorgenommenen (z. B. „ich setze N. zum Erben ein, wenn ich sterbe," ist gleichbedeutend mit: „ich setze N. zum Erben ein"). Der Grund für die fragliche Bestimmung der l. 77 cit. kann daher lediglich ein formaler sein. Die Rechtsbedingungen haben, obwohl sie keine echten Bedingungen sind, doch deren Form. Sie sind daher bei denjenigen Rechtsgeschäften unzulässig, die mit der Bedingungsform unvereinbar sind. Hierher gehören: mancipatio, in iure cessio und acceptilatio[1]). Mehr will die l. 77 nicht besagen.

Der Grund für das Verbot der condicio in praesens relata in der l. 51 § 2 cit. liegt dagegen in ihrer Wirkung. Sie erzeugt zwar nur eine subjektive Ungewißheit unter den Beteiligten. Diese steht aber in ihrem Erfolge der objektiven gleich[2]).

---

[1]) Vgl. ob. §§ 5—7.

[2]) Näheres s. unten § 30 mit Rücksicht auf das geltende Recht.

Thesen.

1. Die Kündigung ist kein absolut bedingungsfeindliches Rechtsgeschäft.
2. Bei der Reform unseres Strafvollzuges ist auf die Einführung der Deportation Bedacht zu nehmen.
2. In den die Konkursmasse betreffenden Prozessen kann dem Konkursverwalter der Eid über Handlungen und Wahrnehmungen des Gemeinschuldners zugeschoben werden.

Druck von A. Favorke, vorm. Eduard Trewendt's Buchdruckerei, Breslau